

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

CLARA STEFANELLO SAKIS

O ESTADO E OS DIREITOS HUMANOS:
A MIGRAÇÃO COMO IMPASSE

Porto Alegre
2018

CLARA STEFANELLO SAKIS

**O ESTADO E OS DIREITOS HUMANOS:
A MIGRAÇÃO COMO IMPASSE**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira

Porto Alegre

2018

CIP - Catalogação na Publicação

Sakis, Clara Stefanello

O Estado e os Direitos Humanos: a migração como
impasse / Clara Stefanello Sakis. -- 2018.
68 f.

Orientador: Marcus Paulo Rycembel Boeira.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Migração. 2. Estado. 3. Direitos Humanos. 4.
Soberania. I. Boeira, Marcus Paulo Rycembel, orient.
II. Título.

CLARA STEFANELLO SAKIS

O ESTADO E OS DIREITOS HUMANOS: A MIGRAÇÃO COMO IMPASSE

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: Porto Alegre, ____ de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Aos meus pais, Simone e Fernando,
por serem os melhores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço fortemente ao Professor Marcus Paulo Rycembel Boeira, pelo enorme apoio na elaboração deste trabalho.

Agradeço ao Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (GAIRE), parte integrante do Serviço de Assessoria Jurídica da UFRGS (SAJU), e aos seus membros e colaboradores, pela permanente e inspiradora posição enquanto patronos dos direitos humanos, da humildade e da sensibilidade frente a causas invisibilizadas.

Agradeço ao amigo Augusto Sperb Machado, pela sempre frutífera troca de ideias e pela disposição em contribuir com este trabalho.

Agradeço carinhosamente à Lalá e à Flávia, irmãs de coração, cujos votos de confiança e auxílio foram essenciais para a conclusão deste trabalho.

Agradeço às minhas amigas Nicole, Marina e Nathália, por serem a inesgotável fonte de amor e energia de que preciso.

Agradeço aos meus avós Lourdes, Lenita e Liceu e, especialmente, ao meu avô Vili, que me abriu os portões para o reino das palavras.

Agradeço, mais uma vez, aos meus pais, que são brilhantes.

Úrsula sempre tratava de ir mais longe. “Que abram portas e janelas”, gritava. “Que preparem carne e peixe, que comprem as maiores tartarugas, que venham forasteiros estender suas esteiras pelos cantos e urinar nas roseiras, que se sentem à mesa para comer quantas vezes quiserem, e que arrotem e digam disparates e enlameiem tudo com suas botas, e que façam com a gente o que lhes der na telha, porque esta é a única maneira de espantar a ruína.”

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Cem anos de solidão*. Tradução de Eric Nepomuceno. 75. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010. p. 371.

RESUMO

O presente trabalho investiga o conceito de Estado e a noção de direitos humanos, relacionando-os especificamente à temática da migração. Sua proposta é analisar, a partir de um método indutivo-teórico, como o conceito de Estado, particularmente em sua concepção tríade (isto é, enquanto entidade caracterizada por território-comunidade-poder), influencia a racionalidade subjacente ao controle do monopólio de movimento das pessoas pelo Estado. Busca-se demonstrar (i) como a soberania estatal tem seu significado alterado pela emergência dos direitos humanos; deixando para trás seu caráter absoluto e tornando-se algo poroso e (ii) como, apesar disso, tal porosidade não se estende para atingir a esfera migratória, (iii) constituindo um impasse. Ao cabo, o caso *Dhahbi vs. Itália*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 2014, é analisado para demonstrar como este impasse é abordado na prática do referido Tribunal. A conclusão a que se chega é a de que a Corte Europeia de Direitos Humanos manifesta-se incipientemente sobre o impasse, demonstrando-se inapta para solucioná-lo. A possibilidade de novas abordagens é brevemente explorada na última seção.

Palavras-chave: Migração. Direitos Humanos. Estado. Soberania.

ABSTRACT

The present work investigates the concept of state and the notion of human rights, specifically relating both to the migration topic. Making use of an inductive-theoretical method, its proposal is to analyze in which way the concept of state, particularly in its triad conception (that is, as an entity characterized by territory-community-power) influences the rationality underlying the monopoly control of people's movement by the state. It seeks to demonstrate (i) how state sovereignty has had its meaning changed by the emergence of human rights, leaving behind its absolute character to become somehow porous and (ii) how, in spite of that, such porosity does not extend to the sphere of migration, (iii) therefore creating a deadlock. Ultimately, the *Dhahbi vs. Italy* case – judged by the European Court of Human Rights in 2014 – is analyzed to demonstrate how this deadlock is addressed in the Court's practice. The conclusion is that the European Court of Human Rights explores the issue incipiently, being therefore incapable of fixing it. The possibility of new approaches is briefly discussed in the last section.

Keywords: Migration. Human Rights. State. Sovereignty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O CONCEITO TRÍADE DE ESTADO E A NOÇÃO DE SOBERANIA	12
1.1 ANÁLISE DO TERRITÓRIO, DA COMUNIDADE E DO PODER COMO COMPONENTES DO ESTADO	13
1.2 A IDEIA DO ESTADO COMO TRÍADE TERRITÓRIO-COMUNIDADE-PODER E SEU REFLEXO PARA A MIGRAÇÃO INTERNACIONAL	18
1.3 A NOÇÃO DE SOBERANIA	19
1.3.1 A soberania sob uma perspectiva histórica	21
1.3.2 O papel da soberania no monopólio sobre a liberdade de movimento	23
2 DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL	27
2.1 TRÊS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS	29
2.2 DIÁLOGO DE FONTES NO DIREITO INTERNACIONAL: OS DIREITOS HUMANOS NA ÓTICA DE TRATADOS E CONVENÇÕES	31
2.3 BREVE ANÁLISE DA HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS	32
3 LIBERDADE E ABSTENÇÃO: O IMPASSE REFERENTE À LIBERDADE DE MOVIMENTO E ÀS RELAÇÕES DE SOBERANIA	39
3.1 AS DIFICULDADES DO CONCEITO TRÍADE DO ESTADO FRENTE À MIGRAÇÃO	39
3.2 O PAPEL DESEMPENHADO PELA SOBERANIA NA TEMÁTICA MIGRATÓRIA	44
3.3 A VULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO MIGRANTE E A FORMAÇÃO DE UM IMPASSE	47
4 O (NÃO) TRATAMENTO DO IMPASSE PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	50
4.1 A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	50
4.2 ANÁLISE DO CASO: DHAHBI VS. ITÁLIA	51
4.3 OUTRAS PERSPECTIVAS	59
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca estudar as noções de Estado, de soberania estatal e de direitos humanos. Procura, outrossim, determinar a maneira com que estes conceitos se relacionam à luz dos processos de migração contemporâneos. Traz, ainda, um caso da Corte Europeia de Direitos Humanos para demonstrar como se operacionalizam tais conceitos no universo prático.

Naquilo que concerne aos ditos processos migratórios contemporâneos, este trabalho se refere à noção geral de migração internacional, independente de motivações específicas (àquilo que, comumente, se entende sob o jargão *migração econômica*, embora englobe motivações que podem extrapolar a dimensão meramente econômica). O caráter de relativa espontaneidade aqui verificado exclui da análise aqueles migrantes que são enquadrados no instituto específico do refúgio ou categorias similares de cunho humanitário. Ainda que refugiados e pessoas em situação de deslocamento forçado sejam mencionados brevemente nesta introdução a título de demonstração da relevância da temática da mobilidade humana em geral, eles não integram o âmago da presente investigação.

Este trabalho se propõe, de forma geral, a responder à seguinte pergunta: “Em que medida a noção tríade de Estado, bem como a noção de soberania, influenciam os processos e políticas migratórias hoje?” e, de maneira mais específica, “como a Corte Europeia de Direitos Humanos reage frente à incompatibilidade entre a ideia de Estado e a pretensão de uma defesa à liberdade de movimento no contexto dos direitos humanos?”. As conclusões apresentadas não almejam, de maneira alguma, o esgotamento da questão; que é, aqui, particularmente árduo, em face do caráter bastante amplo das perguntas. De qualquer forma, os resultados obtidos transpassam, necessariamente, percepções sobre os elementos fundamentais do Estado e como eles foram remodelados pelo surgimento dos direitos humanos no cenário internacional contemporâneo.

Do objetivo geral acima mencionado, depreendem-se os seguintes objetivos específicos: (i) breve conceituação do Estado sob uma perspectiva tríade e apresentação sucinta do desenvolvimento histórico da noção de soberania neste contexto; (ii) breve conceituação e contextualização da noção de direitos humanos; (iii) exposição do conflito decorrente da inserção de direitos humanos num cenário internacional ocupado por Estados soberanos (em outras palavras, exposição do impasse entre direitos humanos e soberania estatal), particularmente no que tange à temática migratória e (iv) exposição do tratamento dado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em um caso envolvendo direitos humanos e imigração, em contraste com a margem discriminatória que os Estados soberanos possuem para determinar

a liberdade de movimento de seus cidadãos. Cada capítulo do desenvolvimento é dedicado a um dos objetivos específicos, sequenciados nesta mesma ordem.

Isto posto, evidencia-se a natureza do presente trabalho, que se vale de postulados reflexivos para iniciar uma investigação de cunho teórico. O método utilizado é o indutivo-teórico, partindo de premissas essencialmente políticas e jurídicas, para enfrentar um problema jurídico de direito político internacional. O referencial teórico utilizado no primeiro capítulo abrange BURDEAU, JELLINEK, STERN e ZIPPELIUS, enquanto BOBBIO e FERREIRA FILHO predominam no segundo capítulo. O impasse demonstrado no terceiro capítulo foi construído com base nas ideias de DOWTY, KOTEF, MOULIN, ROCHA REIS e TORPEY, enquanto o último capítulo dá enfoque a documentos da Corte Europeia de Direitos Humanos e destaca as ideias de DEMBOUR.

A justificativa da temática escolhida se alicerça em dois pontos fundamentais. O primeiro deles é a atualidade e relevância da temática migratória. O segundo é a relativa escassez de trabalhos que abordem o assunto sob uma perspectiva filosófica que estude conceitos-chave no intuito de consubstanciá-los à realidade.¹

A atualidade do tema é auto-evidente para qualquer pessoa que acompanhe com regularidade as mídias regionais e internacionais. A chamada “Crise de Refugiados”² curiosamente lançou às manchetes uma parcela da população que é, em geral, invisibilizada: a população em situação de mobilidade. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), “estamos testemunhando os maiores níveis de deslocamento já registrados”.³ Existem cerca de 65,6 milhões de pessoas deslocadas de casa à força no mundo.

¹ Em breve pesquisa no LUME, não foram encontrados trabalhos que propõem uma abordagem conjunta de Estado, direitos humanos e migração. Foram encontrados, em contrapartida, dissertação de mestrado relacionando soberania e direitos humanos, dissertação de mestrado realizando estudo de caso específico e monografia voltada particularmente à relação do Estado brasileiro com direitos humanos, a saber, respectivamente: MORAES CORREA, Paloma. *A soberania dos Estados no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)– Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Porto Alegre, 2010. MAHLKE, Helisane. *O Estado-Nação e a migração internacional de trabalhadores: uma reflexão sobre a migração argelina na França*. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)– Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Porto Alegre, 2005. BÖES DE OLIVEIRA, Cristiane. *O Brasil e os direitos humanos dos imigrantes indocumentados*. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais)– Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, 2013.

² É importante tecer, desde logo, leve crítica ao uso do termo *crise* neste contexto. A palavra crise, em geral, é utilizada para expressar ideias de distúrbio, tensão ou desgaste. No contexto migratório, essa terminologia em grande medida corrobora com a estigmatização dos processos de movimento de pessoas ao redor do globo, potencialmente estimulando a adoção de óticas de securitização e criminalização dos fluxos de pessoas quando, na verdade, *deslocar-se* deveria ser entendido como característica espontânea e natural dos seres humanos.

³ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). *Dados sobre Refúgio*. 19 de junho, 2017. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

Quando os migrantes ditos *voluntários* são adicionados à equação, sobrevém número ainda mais espantoso: em 2015, o número total estimado de migrantes no mundo superou os 240 milhões⁴ – isto é, 3.3% da população mundial. Caracterizando-se como um dos poucos temas que desperta interesse a nível global, é inquestionável a relevância da temática migratória na atualidade. A migração, neste sentido, é uma linha que atravessa verticalmente diversas categorias horizontais: faixa etária, gênero, cor, classe social, nacionalidade, grau de escolaridade, etc., atingindo, assim, um vasto espectro da população mundial.

Em face dessa relevância, decifrar as razões que subjazem às definições de políticas e processos migratórios é uma aspiração de diversos organismos internacionais e, também, de Estados. Entretanto, por ser tão diversa, a migração torna-se também objeto de difícil caracterização. A multidimensionalidade da migração impede a consolidação de um só modelo de trabalho: a regra, atualmente, é o desenvolvimento fragmentado de teorias. O escopo deste trabalho não é, por óbvio, propor uma teoria unificada para a compreensão absoluta das migrações (tal pretensão seria, mesmo para renomados estudiosos, desvairada), mas pôr em evidência um fragmento comumente esquecido nas discussões jurídicas sobre o assunto: a base histórico-filosófica a partir da qual surge este debate migratório – a saber, um contexto conflituoso entre as noções de soberania estatal e de direitos humanos. A justificativa do presente trabalho se perfaz precisamente na tentativa de abordar um tema tão em voga com maior profundidade, desentranhando suas raízes filosóficas.

⁴ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). *World Migration Report 2018*. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

1 O CONCEITO TRIÁDE DE ESTADO E A NOÇÃO DE SOBERANIA

O presente capítulo pretende apresentar uma noção de Estado baseada na tríade território-comunidade-poder, assim como caracterizar a soberania estatal, contextualizada historicamente. A noção delineada não pretende exaurir todas as facetas do que se entende por Estado ou do que se entende por soberania, mas apresentar uma definição razoável para operacionalizar uma análise de pretensões migratórias nesse contexto. Ao final do capítulo, inicia-se uma reflexão sobre como a qualidade de *soberano* atribuída ao Estado desenvolveu-se a ponto de permitir o controle, por parte deste Estado, da liberdade de movimento das pessoas, especialmente no âmbito de movimentos internacionais (proposição melhor assentada no terceiro capítulo).

O mundo é complexo. Extrair sentido de tudo que existe à nossa volta é uma empreitada digna de Sísifo. Na tentativa de tornar este mundo inteligível, adotamos versões. Valemo-nos de diferentes narrativas para explicar tudo aquilo que se nos mostra, esta enxurrada de informações que inundam a mente humana tão impiedosamente a cada instante. A criatividade destas narrativas é ampla e se estende para englobar inclusive aquelas coisas que se nos mostram somente como ideias, como frutos do imaginário humano. Tal é o caso, por exemplo, do Estado.

Existe uma pluralidade de teorias que buscam explicar o que é o Estado. Do que se trata, afinal, essa entidade? “Nunca ninguém viu o Estado”⁵, alerta-nos BURDEAU logo de início. Na tentativa de entender como essa entidade abstrata – e, simultaneamente, tão presente e real – vem a regular o ir e vir das pessoas sob seu domínio é que se investigará com um pouco mais de atenção essa figura assombrosa e imaginária.

Um Estado é, hoje, de maneira simples, caracterizado por três elementos fundamentais: “uma base territorial, uma comunidade humana estabelecida sobre essa área, e uma forma de governo não subordinado a qualquer autoridade exterior”.⁶ No mesmo sentido, BURDEAU chama de *condições objetivas* este conjunto de circunstâncias que concorrem, em dado momento, para tornar a formação da ideia do Estado ao mesmo tempo *possível e necessária*: em sua linguagem, seriam elas território, nação e poder (ou autoridade).

⁵ BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 1.

⁶ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193.

1.1 ANÁLISE DO TERRITÓRIO, DA COMUNIDADE E DO PODER COMO COMPONENTES DO ESTADO

O território pode ser entendido como “a área terrestre do Estado, somada àqueles espaços hídricos de topografia puramente interna, como os rios e lagos que se circunscrevem no interior desta área sólida”.⁷

Ao estender-se para cima e para baixo da superfície terrestre, o território desvela-se como um volume (e não uma área), correspondendo, assim, a uma forma tridimensional, conforme ZIPPELIUS. É interessante notar que nem sempre um território precisamente delineado foi essencial para a formação da ideia de Estado. Para os gregos, por exemplo,

[a] comunidade de cidadãos se identifica com o Estado; precisamente por isto a situação do indivíduo dentro do Direito Público não está jamais condicionada pelo pertencimento a um território, mas sim pelo fato de que ele é parte de uma comunidade de cidadãos, ou por uma relação de respeito frente a estes.⁸

Na realidade, JELLINEK pontua que a própria terminologia “Estado” surgiu muito posteriormente aos gregos, na Itália.⁹

Também o Estado da Idade Média não se preocupou com a delimitação clara do território, podendo ser considerado um Estado de associações pessoais mais do que um Estado territorial. Sobre o assunto, pode-se detectar com relativa precisão o momento em que o território do Estado passa a ser um cenário de dominação:

É somente o Estado moderno que se converte em um **Estado territorial** (*territorium clausum*), com fronteiras precisamente delimitadas, unitário e que domina de maneira uniforme e completa todo o território do Estado. [...] É aproximadamente a partir da nova ordem de Estados europeus na paz de Münster e Osnabrück, após a Guerra dos 30 anos, que se converte o território em um critério de delimitação importante no mundo dos estados.¹⁰

⁷ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193.

⁸ Tradução nossa: “*La comunidad de ciudadanos se identifica con el Estado; por esto precisamente, la situación del individuo dentro del Derecho Público, no está condicionada jamás por la pertenencia a un territorio, sino por el hecho de formar parte de una comunidad de ciudadanos, o por una relación de protección respecto a éstos.*” JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 103.

⁹ Segundo o autor, “[l]a necesidad de una palabra general que comprendiese la formación total del Estado, fué atendida en Italia. Para la pluralidad de los Estados italianos no era acertado servirse de las palabras regno, imperio, terra, ni bastaba città para expresar el carácter de los Estados de Florencia, Venecia, Génova, Pisa, etc. Y entonces es cuando comienza a usarse la voz Stato, que va unida al nombre de una ciudad: stato de Firenze, etc. He aquí creado un término incoloro aplicable a todos los Estados, así monarquías como repúblicas, grandes o pequeños, Estados ciudades o Estados territoriales.” JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 105.

¹⁰ Tradução nossa: “*Únicamente el Estado moderno se convierte en un Estado territorial (territorium clausum) con fronteras exactamente delimitadas, unitario y que domina de manera uniforme y completa todo el territorio del estado. [...] Aproximadamente a partir del nuevo orden de los Estados europeos en la paz de Münster y*

No mesmo sentido posiciona-se ZIPPELIUS, ao afirmar que

[a] formação de Estados partiu de alguns pontos centrais (Roma, Île de France, Grão-Principado de Moscovo, etc.) e a ideia de âmbito territorial de domínio ficou vinculada a uma concepção de ‘pontos de apoio militares’, de ‘praças estratégica e politicamente importantes’. E ainda durante muito tempo, as zonas fronteiriças, as marcas fronteiriças, isto é, amplas franjas limítrofes, continuaram precursoras da fronteira entendida como demarcação fechada, exacta e linear. Apenas a concepção moderna do poder de Estado, como poder de domínio impermeável que vigora num determinado território, conduziu logicamente ao conceito do *territorium clausum* e a uma nítida delimitação do território do Estado em relação ao território do Estado-vizinho, através de uma linha fronteira fixada com precisão que elimina sobreposições territoriais de âmbitos de domínio e permite determinar exactamente, segundo um critério territorial, o âmbito de validade de um domínio estatal.¹¹

A relevância do território, ainda que bem delimitado ou não, pode ser exaltada não somente sob um ponto de vista normativo ou histórico, mas também “sob um aspecto científico-social segundo o qual ele representa igualmente um importante momento de integração de uma comunidade”.¹² A ideia de espaço comum reconhecível e compartilhado é mais um alicerce sobre o qual se sustenta o Estado como abstração coletivamente aceita pela comunidade. Para BURDEAU, uma política de valorização e unificação física “é indispensável para o condicionamento espiritual da coletividade”.¹³ Ainda, seria pela determinação de um contexto territorial que “os dirigentes inserem o sentimento nacional no plano das realidades concretas”.

Na lição de REZEK, a *base territorial* e o *governo* podem sofrer estremecimentos sem, necessariamente, desconfigurar a ideia de Estado – por exemplo, durante conflitos em que se perde o efetivo controle territorial¹⁴ ou em períodos anárquicos (circunstâncias, estas, transitórias e excepcionais). Assim, a comunidade, que corresponde ao elemento humano, seria “o único [elemento] que se supõe imune a qualquer eclipse”.¹⁵

Osnabrück tras la Guerra de los treinta años se convirtió el territorio en un criterio de delimitación importante en el mundo de los estados.” STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Tradução parcial do tomo I por Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 443. Grifo do autor.

¹¹ KRÜGER, p. 20 et seq.; VOGEL 1965, p. 43 et seq. apud ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 113. (Foi mantido o formato original da citação dos autores Krüger e Vogel, em face da inexistência, na obra de Zippelius, de referência mais detalhada).

¹² ZIPPELIUS, op. cit., loc. cit.

¹³ BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15 et seq.

¹⁴ Zippelius reconhece outras possibilidades do Estado de *excepcionar suas intervenções soberanas* (em razão de seu próprio poder estatal) em termos territoriais, como, por exemplo, ao garantir a extraterritorialidade de diplomatas estrangeiros, ou conceder o direito de tributação própria a igrejas e outras instituições, ou mesmo ao autorizar a criação de zonas desmilitarizadas ou zonas francas dentro de seu próprio território. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 112.

¹⁵ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193.

Do que se trata, entretanto, esta tal comunidade? Em capítulo intitulado “A Estrutura Básica de Comunidades”, em sua *Teoria Geral do Estado*, ZIPPELIUS traça um relato histórico das maneiras em que se pensou sobre os agrupamentos humanos.

Para o autor, destacam-se quatro abordagens sobre a comunidade, que se sucederam à medida que certas ideias foram superadas e novas concepções de mundo adotadas: começa-se com a simplicidade da teoria organicista, combatida, então, pela teoria relacional, que, por sua vez, é enfrentada pela teoria normativista. Esta sucessão de entendimentos culmina na teoria de que as comunidades seriam um complexo de condutas orientadas por um sentido.

A teoria organicista concebe a humanidade como um “todo vivo”. Os seres humanos, agrupados em comunidades, fariam parte de um organismo maior. Este organismo maior poderia desenvolver uma vontade supra-individual (a chamada vontade do povo). Alguns autores levaram o argumento ao extremo, apontando para a existência de realidades psíquicas transpessoais e, assim, atribuindo às comunidades uma consciência viva que só se verifica verdadeiramente no indivíduo. Outros adeptos de teorias organicistas utilizam o organismo natural apenas metaforicamente, em uma abordagem decerto mais interessante, porém ainda bastante limitada. ZIPPELIUS pontua, de fato, que “o contributo heurístico de tais analogias é [...] diminuto. Elas comportam, por outro lado, o perigo de, até por vezes, considerar meros modelos teóricos como afirmações sobre factos”.¹⁶ Assim, não se observa grande valor teórico nas teorias organicistas atualmente. Sua existência, entretanto, é representativa no sentido de demonstrar a enorme aura de mistério que circundava (e ainda circunda) esta entidade intitulada comunidade. A ânsia por entender o que nos une, por desvendar as forças atuantes detrás desta malha mais ou menos coesa em que se vive é tamanha que até mesmo conexões psíquicas e espirituais foram invocadas na explicação.

Como crítica às teorias organicistas, surgem, segundo ZIPPELIUS, teorias relacionais. Tais teorias examinam as comunidades enquanto o somatório de indivíduos nela participantes e a totalidade de suas interações sociais. Aqui ainda subsiste um caráter psíquico, na medida em que os seres humanos influenciam uns aos outros através de suas interações – inclusive psiquicamente –, “mas isto não justificaria ainda a suposição de um espírito colectivo transpessoal”¹⁷ como encontrado nas teorias organicistas. Para a teoria relacional, conforme a própria nomenclatura sugere, precípuo são as relações, as condutas sociais, os processos sociais decorrentes da interação entre os indivíduos, e os indivíduos em si. O que move tais processos

¹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 38.

¹⁷ Ibid, p. 39.

sociais são ações humanas motivadas por conteúdos compreensíveis. Esses conteúdos compreensíveis abarcam, de maneira importante, ideias sobre como o Estado deveria ser: a contraposição entre o *dever ser* e o *ser* se torna um orientador de conduta. Além disso, estes conteúdos compreensíveis subjacentes às condutas sociais são vinculados à percepção de mundo do indivíduo em questão (a cada interação entram na equação, mesmo que inconscientemente, suas ideias sobre basicamente tudo: Crenças religiosas, certezas científicas, realidades históricas e geográficas, experiências interpessoais, inclinações políticas, aspirações futuras, etc.).

Desponta, aqui, a fragilidade das teorias relacionais. Nos termos de ZIPPELIUS, a “sociologia relacional se revela insatisfatória por não deixar nada em comum, nada em que a maioria das pessoas possa participar como em algo idêntico”.¹⁸ Surge então Kelsen, como o teórico principal da terceira tentativa de compreender as comunidades. Em sua teoria normativa, ele propõe que aquilo que une os indivíduos é a ordem normativa a regular a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos. Esta ordem normativa, que é também jurídica, tem características importantes, como a construção escalonada e a necessidade de pressuposição (em contraste à posição) da norma fundamental deste ordenamento. A necessidade de eficácia fática destas normas para a verdadeira constituição da comunidade é um aspecto delicadíssimo da teoria, na medida em que a descaracteriza como Teoria *Pura* do Direito.

Rejeitando a adoção acrítica de quaisquer das teorias acima, especialmente em face de suas debilidades aqui citadas, ZIPPELIUS traz à tona a ideia de comunidade como um *complexo de condutas orientadas por um sentido*. O sentido referido possui um caráter objetivo (que remonta à teoria normativa), mas a conduta necessária que efetivamente preenche aquele sentido é humana e pessoal (e, ainda que siga padrões, pode ser entendida com vinculação à teoria relacional). Nos termos do autor,

verifica-se, pois, uma inter-relação entre aqueles conteúdos de sentido objectivos e a participação viva, activa e constitutiva por partes dos indivíduos nestes conteúdos. E graças à sua realização contínua existe a comunidade.¹⁹

Acontece que aceitar a comunidade como um complexo de condutas orientadas por um sentido exige, necessariamente, que aceitemos também o fato de que “necessitamos de esquemas de representações, com os quais consigamos ‘compreender’ o mundo infinitamente complexo, a fim de adaptarmos o nosso comportamento ao mundo assim compreendido”.²⁰ Os

¹⁸ Ibid, p. 42.

¹⁹ Ibid, p. 47.

²⁰ Ibid, p. 49.

padrões de conduta, baseados em normas de comportamento e modelos ideais normativos, são o produto de sentidos que atribuímos ao mundo. Que sentidos são estes é algo que varia de acordo com o tempo e o espaço em foco, mas são eles que imprimem em nós este compartilhado senso de comunidade. Desta forma, conclui ZIPPELIUS, “se consolida através de ‘símbolos’ a integração de uma comunidade coordenada por relações de sentido”.²¹

Ao elemento territorial como espaço comum e compartilhado de condicionamento espiritual da coletividade soma-se, desta forma, a comunidade, enquanto o conjunto de condutas mais ou menos padronizadas decorrentes da atribuição e compartilhamento de certos sentidos a determinados fatos e ideias (do *ser* e também do *dever ser*). Assim como uma das narrativas possíveis sobre o que é território, a comunidade é também um constructo social, fruto da capacidade de abstração coletiva do ser humano.

Resta, agora, a avaliação da característica entendida como poder ou autoridade do Estado. A narrativa (ou teoria) escolhida para ilustrar o referido ponto é a de BURDEAU. Para o autor, o Poder é força e é ideia. Na verdade, é, de certa maneira, “a força de uma ideia”²², no sentido de que é exercido por figuras passageiras, enquanto, em si, ele permanece. A narrativa do autor percorre caminhos históricos, demonstrando como o ser humano tomou consciência dos inconvenientes práticos do poder individualizado para, então, permitir a institucionalização deste poder na figura do Estado.

BURDEAU aponta para um momento de maturidade atingido pela comunidade em que o poder individualizado passa a ser inaceitável. Como justificar que a organização e, mais importante, o destino do Estado estejam nas mãos de uma só pessoa, de uma só vontade individual? Os atributos pessoais de qualquer rei, papa ou imperador deixam de ser suficientes para justificar a concentração de poder em sua figura. A obediência, intrínseca ao funcionamento de qualquer poder, perde sentido. É precisamente neste momento que um conceito de Estado surge, para prestar socorro à ideia de poder, racionalizando-o. Neste sentido, o autor ressalta que “[s]e o Estado procede do que chamamos a institucionalização do Poder, essa operação não se dá ao acaso”.²³

O poder manifesta-se como um *provedor de tranquilidade*. Se é monopolizado na imagem de uma figura humana, deixa de cumprir seu papel tranquilizador (ou de estabilidade social) porque, de um lado, nenhum projeto sobreviveria à morte desta figura e, por outro, nada

²¹ Ibid, p. 60.

²² BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 5.

²³ Ibid, p. 13.

poderá garantir que a sua vontade não será arbitrária.²⁴ A institucionalização deste poder, conforme referido, é sua tentativa de sobrevivência. E, de fato, funciona. A busca pela legitimidade e pela continuidade do poder solucionarão os dois problemas acima mencionados. A legitimidade, obtida pela fundamentação do poder no direito,

introduz o Poder no universo mágico das representações e das crenças, dotando-o de todos os prestígios que lhe vêm do fato de os homens crerem que ele existe. Metamorfose moderna da sacralização do Poder, a legitimidade laiciza seu fundamento sem lhe enfraquecer a solidez, já que ela substitui a investidura divina pela consagração jurídica.²⁵

Esta noção, aliada à de continuidade do Estado, expõe sua natureza:

Ele é Poder, portanto seus atos obrigam; mas é Poder abstrato, logo, não é afetado pelas modificações que atingem seus agentes. Enfim, se dura assim a despeito das contingências históricas, é porque encarna uma idéia, essa imagem da ordem desejável na qual situamos o fundamento do Poder e que é também [...] o fundamento do direito.²⁶

Assim, em torno da ideia de Estado composto por território e comunidade, se cria também uma noção de poder institucionalizado, abstrato o suficiente para que se possa crer em sua continuidade no tempo. O invólucro do Direito garante, ainda, que este poder não será tirânico, conferindo-lhe uma legitimidade racional (e não divina). Ao cabo deste processo se conclui, portanto, que há, num *território* habitado por uma *comunidade* de pessoas, ainda um *poder* a orientá-las numa direção comum e, dessa forma, a contribuir para a formação e manutenção de certa coesão do tecido estatal.

1.2 A IDEIA DO ESTADO COMO TRIÁDE TERRITÓRIO-COMUNIDADE-PODER E SEU REFLEXO PARA A MIGRAÇÃO INTERNACIONAL

Assim, em poucas páginas, construiu-se uma narrativa – entre as centenas possíveis – sobre a ideia de Estado, que, conforme evidencia sua breve extensão, é extremamente limitada a certos autores e abordagens teóricas. A principal intenção deste esboço foi evidenciar o quanto a ideia de Estado, bem como de todos os seus três elementos básicos, pertencem em grande medida ao mundo das ideias. Não são evidências reais postas, e sim interpretações sobre espaços, pessoas e poderes, sobre símbolos, intenções e desenvolvimentos históricos. E, na medida em que são fundamentalmente *ideias*, podem ser confrontadas. Portanto, não se trata,

²⁴ Ibid, p. 23.

²⁵ Ibid, p. 28.

²⁶ Ibid, p. 32-33.

aqui, da “única resposta possível” ou da única maneira de organizar o mundo e as pessoas que nele vivem.

Trata-se, é claro, de uma *possível* maneira de organizar o mundo. Uma maneira que, em particular, ao valorizar certas narrativas (território como fronteira bem limitada e espaço comum de identidade; comunidade como coletividade que compartilha uma relação de sentidos; poder como esforço de abstração coletiva), justifica e dá força teórica à noção de Estado, e, simultaneamente, enfraquece quaisquer organismos que orbitem à sua margem. Com isto, quer-se dizer que a apresentação do Estado e de suas características conferindo-lhes certa racionalidade automaticamente enfraquece quaisquer estruturas tangenciais ao Estado, ou que se lhe buscam permear. Uma destas estruturas é, por certo, a dinâmica de movimentos internacionais a que se confere o nome de migração internacional.

1.3 A NOÇÃO DE SOBERANIA

Sobre esta construção inicial, passa-se agora à análise do conceito relacionado de soberania. Preliminarmente, é importante assinalar as diferenças entre um Estado soberano e um não soberano. Se, conforme veremos, a soberania é o poder do Estado de vincular-se à sua própria vontade jurídica e a ela somente, então só o Estado soberano terá a capacidade, dentro de suas limitações jurídicas, de organizar a si mesmo e ao seu campo de atividade. Elucida JELLINEK que

[...] não é soberano, portanto, aquele que não pode estender, por leis próprias, sua competência política, encontrando na ordem jurídica do outro Estado um limite para a ampliação de suas faculdades; e é soberano aquele que, mediante suas leis, pode subtrair algumas questões da competência política do outro.²⁷

A soberania é – ou, ao menos, por muito tempo, *foi* – considerada característica essencial do poder do Estado. BODIN foi um dos primeiros estudiosos a analisar a temática da soberania sob um prisma jurídico e posicionou-a enquanto parte essencial da própria definição de Estado. Para BODIN, “Majestade ou Soberania é o mais alto, absoluto e perpétuo poder sobre os cidadãos e sujeitos em uma comunidade”.²⁸ Estampada pela qualidade de “absoluta”, a

²⁷ Tradução nossa: “[...] es no soberano, por tanto, aquel que no puede extender, por propias leyes, su competencia política, encontrando en el orden jurídico del otro Estado un límite para la ampliación de sus facultades; y, es soberano, aquel Estado que, mediante sus leyes, puede sustraer a la competencia política del otro algunas cuestiones.” JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 404-405.

²⁸ Tradução nossa: “*Majesty or Sovereignty is the most high, absolute, and perpetual power over the citizens and subjects in a Commonwealth.*” BODIN apud BEAULAC, Stéphane. The social power of Bodin’s ‘sovereignty’ and international law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1-24, 2003. p. 11. Beaulac é enfático ao dizer que Bodin foi o primeiro escritor a fornecer uma definição teórica e uma aplicabilidade ao termo

soberania, à primeira vista, seria um poder supremo (superior) exercido pelo Estado, sem subordinar-se a nada ou a ninguém.

AZAMBUJA aduz que o Estado soberano, “na esfera da sua autoridade, na competência que é chamado a exercer para realizar a sua finalidade, que é o bem público, [...] representa um poder que não depende de nenhum outro poder, nem é igualado por qualquer outro dentro de seu território.”²⁹

Para STERN, quando se fala em direitos de soberania,

[a]o que se alude é ao exercício do poder estatal [...], do poder público [...], ou seja, a potestade de domínio correspondente ao Estado, em virtude da qual aquele pode ordenar as relações jurídicas das pessoas e coisas que se encontram no território estatal. Se trata, assim, da **suprema potestas** do Estado.³⁰

Sobre soberania, afirma BURDEAU que “necessária para fundamentar a legitimidade e assegurar a continuidade do Poder, a existência do Estado é igualmente a condição para que possa ser afirmada a superioridade da competência dos governantes.”³¹

Segundo o *Glossary on Migration*,

soberania enquanto um conceito de direito internacional possui três aspectos principais: externo, interno e territorial. O aspecto externo da soberania é o direito de um Estado de definir livremente suas relações com outros Estados ou outras entidades sem restrição ou controle de outro Estado. Este aspecto da soberania é também conhecido como independência. O aspecto interno da soberania é o direito exclusivo ou competência do Estado para determinar o caráter de suas próprias instituições, promulgar leis de sua escolha e assegurar o respeito às mesmas. O aspecto territorial da soberania é a autoridade exclusiva que um Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas que se encontrem sob seu território.³²

soberania e que, ao fazê-lo, exerceu enorme poder social sobre a consciência compartilhada da sociedade europeia por volta dos séculos XVI e XVII – particularmente com o intuito de colocar o monarca (o rei francês) no ápice de uma pirâmide de autoridades.

²⁹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Editora Globo S.A., 1962. p. 59.

³⁰ Tradução nossa: “*A lo que se alude es al ejercicio del poder estatal [...], del poder público [...], es decir, la potestad de dominio correspondiente al Estado, en virtud de la cual aquél puede ordenar las relaciones jurídicas de las personas y cosas que se encuentran en el territorio estatal. Se trata, pues, de la **suprema potestas** del Estado.*” STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Tradução parcial do tomo I por Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 869. Grifo do autor.

³¹ BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 33.

³² Tradução nossa: “*Sovereignty as a concept of international law has three major aspects: external, internal and territorial. The external aspect of sovereignty is the right of the State freely to determine its relations with other States or other entities without the restraint or control of another State. This aspect of sovereignty is also known as independence. The internal aspect of sovereignty is the State’s exclusive right or competence to determine the character of its own institutions, to enact laws of its own choice and ensure their respect. The territorial aspect of sovereignty is the exclusive authority which a State exercises over all persons and things found on, under or above its territory.*” INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). *Glossary on Migration*. 2004. Disponível em: <http://www.iomvienna.at/sites/default/files/IML_1_EN.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 61.

No entanto, cumpre esclarecer que todo esse esforço de conceituação é, de certa forma, vão. O poder supremo, a não-subordinação, a suprema potestas, a independência, a autoridade exclusiva são adjetivações que, quando tomadas isoladamente, se tornam quase que totalmente vazias e não elucidam a verdadeira natureza do conceito. Uma compreensão adequada do conceito passa, necessariamente, por uma verificação histórica. JELLINEK denuncia a existência de uma lacuna quando afirma que “nenhum dos conceitos fundamentais do Direito Político necessita tanto de uma investigação acerca de sua evolução histórica como o da soberania”.³³ A evolução histórica requerida não se trata de um compilado das definições doutrinárias de soberania, mas uma reflexão sobre a situação histórico-política da qual decorre o nascimento deste conceito. Em sua *Teoria Geral do Estado*³⁴, JELLINEK realiza uma análise detalhada desta temática, cujos pontos principais aqui resgatar-se-ão.

1.3.1 A soberania sob uma perspectiva histórica

De início, JELLINEK ensina que não existe uma ideia de soberania para os gregos ou romanos da Antiguidade. Traçar uma correlação entre a possibilidade moral de autossuficiência da antiga pólis (“de isolar-se do resto do mundo, porque tem tudo em si mesma, e não somente o que pode ser necessário à vida, mas também aquilo que dá aos homens um valor”³⁵) e a noção mais recente de soberania é incorrer em erro. Em primeiro lugar, porque, segundo esta antiga doutrina do Estado, tornar-se-ia inviável a formação de uma comunidade de Estados. Se todo Estado é autossuficiente, torna-se impossível a convivência harmônica, permanente e de mútuas trocas entre eles, já que

[t]oda mudança repousa, por necessidade psicológica, nas necessidades econômicas e espirituais, através das quais os homens completam uns aos outros, necessidades que, de acordo com a doutrina antiga, encontravam satisfação absoluta dentro do próprio Estado.³⁶

Em segundo lugar, o fato de uma comunidade possuir leis e autoridades próprias é algo que não caracteriza a soberania, já que ocorreu em todas as épocas, inclusive em sistemas não-soberanos.

³³ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 355.

³⁴ Ibid, p. 355 et seq.

³⁵ Tradução nossa: “[...] *de aislarse del resto del mundo, porque lo tiene todo en sí misma, no sólo lo que puede ser necesario a la vida, sino también lo que da a los hombres un valor.*” JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 356.

³⁶ Tradução nossa: “[t]odo cambio descansa por necesidad psicológica en las necesidades económicas y espirituales, mediante las cuales se completan los hombres unos a otros, necesidades, que, según consideraba la antigua doctrina, hallaban su satisfacción absoluta dentro del propio Estado.” Ibid, p. 358.

O desconhecimento do conceito de soberania, pelos antigos, não é mera contingência. Há um fundamento histórico que o justifica, a saber: “Faltava ao mundo antigo o único elemento que poderia trazer à luz o conceito de soberania: a oposição do poder do Estado a outros poderes.”³⁷ Esta é uma das grandes diferenças entre o Estado antigo e o Estado moderno. Aquele nunca conheceu um poder que lhe pudesse fazer concorrência, enquanto este enfrentou, no mínimo, três grandes provocadores: a Igreja, o Império Romano e os grandes senhores e corporações feudais. É o Estado francês que dará conta de vencer estas três lutas no campo teórico (e prático) e, assim, “é o rei da França o primeiro do mundo que nem juridicamente, nem de fato, reconhece qualquer superior em assuntos humanos, nem mesmo no papa”.³⁸

É neste contexto que surge BODIN, conferindo à soberania, consolidada somente após estes diversos enfrentamentos (ressalte-se, teóricos e práticos), pela primeira vez, o caráter de elemento *essencial* do conceito de Estado.

Antes dele reconheciam-se alguns dos aspectos da soberania: o da independência externa e a *suprema potestas* de alguns príncipes, do imperador e do rei da França; mas a resolução de todos os elementos do conceito de soberania em uma unidade não ocorre antes de Bodin; e é devido a ele que o comparativo *souverain* se elevou definitivamente ao superlativo, e a *superiorita* a *suprema potestas*.³⁹

Dessa forma, evidencia-se a soberania como um conceito negativo, na medida em que nega a existência de outros poderes de mesma classe junto ou dentro do Estado.

É importante ressaltar que, à época, atribuir superlatividade à soberania do Estado confundia-se com atribuir superlatividade à figura do monarca, que era, afinal, quem detinha em suas mãos o controle deste Estado e o representava. “Deste modo, a doutrina da soberania transforma-se em absolutismo.”⁴⁰ A soberania, de fato, encontra sua melhor representação no monarca que reflete esse princípio monárquico. Não obstante, quando compreendido como fruto de uma evolução histórica, o conceito de soberania não se desmantela pela simples transfusão a Estados não-monarquistas. É precisamente quando se o compreende enquanto

³⁷ Tradução nossa: “*faltaba al mundo antiguo lo que únicamente podía traer a la conciencia el concepto de soberanía: la oposición del poder del Estado a otros poderes.*” Ibid, p. 359.

³⁸ Tradução nossa: “*Es el rey de Francia el primer rey del mundo que ni jurídicamente ni de hecho reconoce superior alguno en las cosas humanas, ni aun en el Papa.*” Ibid, p. 369. Prossegue Jellinek indicando este rei francês como o juiz supremo que pode destruir todas as jurisdições inferiores, o único que pode exercitar uma série de direitos particulares enumerados, etc. É claro que sobrevêm, então, teorias acerca da limitação do poder deste rei (monarquia absoluta ou limitada). A centralização do poder na figura do rei será eventualmente superada, conforme já examinado sob a perspectiva de Burdeau. Vide p. 17 deste trabalho.

³⁹ Tradução nossa: “*Antes de él se reconoció uno de los aspectos de la soberanía: el de la independencia exterior y la suprema potestas de algunos príncipes, del emperador y del rey de Francia; pero la resolución de todos los elementos del concepto de la soberanía en una unidad, no tiene lugar antes de Bodino; a él se debe el que el comparativo souverain haya sido elevado definitivamente a superlativo y la superiorita a suprema potestas.*” JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 370. Grifos do autor.

⁴⁰ Tradução nossa: “*De este modo, la doctrina de la soberanía se transforma en absolutismo.*” Ibid, p. 371.

categoria – ou, quiçá, *narrativa histórica* (e não absoluta), que o conceito de soberania encontra seu caminho por meio de teorias do contrato social e teorias constitucionalistas. Nesse sentido,

[a] submissão incondicional dos indivíduos à vontade geral, que não reconhece nenhum direito particular contra suas decisões soberanas, é a tendência da doutrina de Rousseau, com a qual ele mudou o título de senhor absoluto, mas não a essência.⁴¹

Pela mesma lógica, diz-se que a “teoria constitucional inglesa põe o centro de gravidade dos poderes do Estado nas mãos do povo”.⁴²

1.3.2 O papel da soberania no monopólio sobre a liberdade de movimento

Concluído este sobrevoo histórico que pincelou o desenrolar da soberania na história do mundo, passar-se-á a uma análise demonstrando como pode ela (a soberania) ter contribuído para, ao cabo, autorizar o controle, por parte do Estado, da liberdade de movimento das pessoas, especialmente no âmbito de movimentos internacionais.

Aqui, um elemento digno de destaque é o caráter formal da soberania, ainda conforme os termos de JELLINEK. Sobre o assunto, o autor pontua que

Poder soberano de um Estado é, portanto, aquele que não reconhece nenhum outro superior a si; é, por conseguinte, o poder *supremo e independente*. Esta última nota se manifesta predominantemente na sua vida exterior; isto é, na relação do Estado soberano com outros poderes, enquanto a primeira qualidade se vê, particularmente, ao considerar o Estado na sua vida interior, em sua relação com as personalidades que encerra dentro de si.⁴³

Mais uma vez, é realçado o caráter negativo da soberania, enquanto manifestação negativa a qualquer subordinação ou limitação frente a outros poderes. Para o autor, deduzir daí a existência de um poder ilimitado e ilimitável é um erro. Com simplicidade e clareza dedutivas, ele utiliza uma variação do paradoxo da onipotência para demonstrar que é “essencial ao Estado possuir uma ordem jurídica, com o que se nega, portanto, a doutrina do poder absoluto e ilimitado do Estado”.⁴⁴ O argumento se perfaz pelo entendimento de que, se o Estado

⁴¹ Tradução nossa: “[e]l sometimiento incondicional de los individuos a la voluntad general, la cual no reconoce ningún derecho particular frente a sus decisiones soberanas, es la tendencia de la doctrina de Rousseau, con el cual ha cambiado el nombre de señor absoluto, pero no la esencia.” Ibid, p. 406.

⁴² Tradução nossa: “teoría constitucional inglesa pone el centro de gravedad de los poderes del Estado en manos del pueblo.” Ibid, loc. cit.

⁴³ Tradução nossa: “Poder soberano de un Estado, es, por tanto, aquel que no reconoce ningún otro superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente. Esta última nota se manifiesta predominantemente en su vida exterior; esto es, en la relación del Estado soberano con otros poderes, en tanto que la primera cualidad se echa de ver, singularmente, considerándolo en su vida interior, en su relación con las personalidades que encierra dentro de sí.” JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 387. Grifo nosso.

⁴⁴ Tradução nossa: “esencial al Estado el poseer un orden jurídico, con lo cual se niega, por tanto, la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado.” Ibid, p. 389.

possui um poder ilimitado em termos jurídicos, pode desfazer a própria ordem jurídica em si, dar início a uma anarquia e, assim, impossibilitar sua própria existência no plano jurídico (incorrendo, então, na problemática do paradoxo da onipotência). Assim, o poder do Estado é supremo e independente para organizar a ordem jurídica, mas não para determinar a existência ou não da mesma.

De qualquer maneira, este poder soberano, supremo e independente, do qual se reveste formalmente o Estado para organizar a si mesmo, já é forte o suficiente para legitimar o controle de movimento das pessoas que desejam entrar e sair de seu território. A soberania, neste sentido, significa simplesmente que não existe outro poder capaz de limitar juridicamente a própria vontade do Estado. Em leigas e rudes palavras, o Estado soberano faz o que bem entender por direito. Sob o ponto de vista formal,

[s]oberania não indica ilimitabilidade, mas somente a faculdade de determinar a si mesmo exclusivamente e, portanto, a autolimitação do poder do Estado, não obrigado juridicamente por **poderes estranhos** a instituir uma ordem dada sobre a base da qual somente a atividade do Estado adquire um caráter jurídico.⁴⁵

É claro que o Estado pode, ainda, limitar e obrigar a si mesmo juridicamente. E o faz, de fato, em altíssima medida.

A respeito desta conclusão, é necessário um comentário de cunho prático e contemporâneo, relativo à concorrência de diversos vetores na formatação da vontade do Estado em relação ao livre movimento de pessoas. Conforme mencionado, a soberania não impede o Estado de se sujeitar a determinados poderes (simplesmente o desobriga desta tarefa). No âmbito do direito migratório, conforme explorar-se-á mais profundamente adiante, a maioria dos Estados se vincula a normas básicas, como a presente no artigo 13º, (2), da Declaração Universal dos Direitos Humanos ou no artigo 2º, (2) do Protocolo nº 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁴⁶, referentes à liberdade de circulação. O que verdadeiramente chama a atenção é o fato de que, em se tratando da específica matéria de direito migratório

⁴⁵ Tradução nossa: “[s]oberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente, y por tanto, la autolimitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por **poderes extraños** para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico.” Ibid, p. 392. Grifo nosso.

⁴⁶ Artigo 13º, (2), da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018. Artigo 2º, (2), do Protocolo nº 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “Toda a pessoa é livre para deixar um país qualquer, incluindo o seu próprio.” CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Com as modificações introduzidas pelos Protocolos 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos 4, 6, 7, 12 e 13. Roma, 04 nov. 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

internacional, o Estado soberano parece particularmente relutante a quaisquer sujeições além das acima mencionadas, conforme se demonstrará nos capítulos seguintes deste trabalho. Os motivos que explicam esta relutância são dispersos, diversos e, ousa-se dizer, impossíveis de serem apreendidos em sua totalidade. Uma das poucas características atribuídas a qualquer processo migratório é sua complexidade, de forma que a identificação de suas causas é sempre um desafio. O amálgama de causas aparentes e ocultas, diretas e indiretas, políticas, históricas e geográficas, volitivas e imotivadas, etc., dificulta o destrinchamento da questão.⁴⁷

Em atenção ao próprio conceito de Estado soberano, entretanto, já podem ser vislumbrados motivo subjacentes desta relutância. Explico. Ao decorrer deste capítulo, ganharam destaque quatro elementos relacionados à noção de Estado: território, comunidade, poder (ou governo) e soberania. Os três primeiros são considerados pela doutrina os elementos básicos para a formação do Estado (ou, conforme se pontuou, para a formação de uma ideia ou de *uma narrativa possível* sobre o Estado). O quarto nunca foi categorizado de maneira tão simplificada pelos estudiosos e é, até hoje, causador de confusões doutrinárias, mas pode ser entendido como um atributo do poder do Estado. Para inter-relacioná-los, pode-se imaginar um Estado que, ao possuir um território e população definidos, sob os quais é exercido um poder, adquire ainda o corolário da soberania quando se constata que este poder é supremo (em relação aos demais poderes dentro deste Estado), independente (em relação a outros poderes fora deste Estado) e autônomo (no sentido de que pode se vincular a suas próprias leis e atuar conforme desejar, dentro dos limites jurídicos que se auto-impõe).

Sob esta perspectiva, a soberania está estreitamente vinculada ao terceiro elemento básico do Estado, mas também se manifesta em relação aos dois primeiros: “o território é um âmbito de domínio especificamente soberano”⁴⁸, e, da mesma forma, o poder soberano, em geral, é exercido *por e para* a comunidade.

Os três elementos primordiais, conforme se verificou ao longo do capítulo, são ideias. Ideias, aqui, dirigidas particularmente à afirmação e à racionalização de uma entidade imaginária. A existência desta entidade requer uma narrativa coerente, uma espécie de unidade, que certamente (ou, pelo menos, no entendimento tradicional da maioria das pessoas) não é estimulada pela livre circulação de pessoas ao redor do globo. A troca de experiências e o

⁴⁷ Como observa o Observatório de Migração na Universidade de Oxford, “*even when we know what the policies are, it is notoriously difficult to predict migration*”. MIGRATION OBSERVATORY. University of Oxford. Vídeo: *Explained: EU Migration to the UK (Pre-referendum)*. Duração total 05min 18s. Disponível em: <<http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/videos/explained-eu-migration-uk/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁴⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 111.

contato com diferentes visões de mundo que ocorre quando a liberdade de movimento é plenamente autorizada não é, pelo menos em primeira análise, proveitosa ao Estado. Do contrário – ela tem o potencial de minar o senso de unidade e coletividade do povo, tornar permeáveis as fronteiras rigorosas e cuidadosamente delimitadas na contemporaneidade e questionar (ou, ao menos, analisar sob diferentes lentes) as decisões tomadas pela autoridade no poder. Do ponto de vista do Estado, não há motivo para expor esses três elementos a esse desgaste desnecessário. Basta, então, recorrer à boa e velha soberania, para que os envernize com sua capacidade protetiva, atribuindo ao poder soberano a escolha legítima por não abrir as fronteiras – não muito, pelo menos. Essa racionalidade será melhor analisada no capítulo 3 do presente trabalho.

2 DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL

Faz-se necessário, primeiramente, um breve esclarecimento acerca da terminologia aqui utilizada. Conforme CANOTILHO,

as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.⁴⁹

A expressão *direitos do Homem*, por sua vez, descontenta o feminismo⁵⁰, que “conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de ‘machista’. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são uma abreviação.”⁵¹

Embora FERREIRA FILHO os entenda como expressões de sentido semelhante, muitos doutrinadores se referem à necessidade de positivação dos direitos fundamentais, especialmente no âmbito constitucional. Em atenção tanto ao argumento feminista quanto aos argumentos de positivação e constitucionalização dos direitos fundamentais, empregar-se-á o termo “direitos humanos” nesta exposição. Até porque, dessa forma, fica clara a intenção deste trabalho de abordar os direitos humanos no plano do direito internacional. Não há necessidade de longa argumentação justificativa – a escolha dessa perspectiva nos parece lógica, visto que o objetivo do trabalho é realizar uma análise sobre a mobilidade *internacional* das gentes.

Em atenção à internacionalização dos direitos humanos, vale uma referência às palavras introdutórias de GODINHO:

A internacionalização da proteção dos direitos humanos, ou seja, a sua efetiva “conversão em tema transcendente ao interesse estritamente doméstico dos Estados”, é fenômeno bastante recente, que teve início após a Segunda Guerra Mundial.⁵²

Antes desta mudança (cujas raízes serão analisadas ainda neste capítulo), o direito internacional ocupava-se exclusivamente da relação entre Estados. A incorporação de

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393. Grifos do autor.

⁵⁰ Necessário estabelecer leve crítica às ideias que destacam o “feminismo” como doutrina una que busca meramente a correção de termos exclusiva e excludentemente masculinos no universo textual. São várias as doutrinas feministas atuais, e as mudanças semânticas decorrentes destes discursos representam mais do que a renovação de certas palavras: são reflexos das inúmeras tentativas de denunciar e transformar os infínitos ambientes predominantemente machistas e patriarcais da contemporaneidade.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

⁵² GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

preocupações com o indivíduo nesse contexto representou uma grande mudança de paradigma nessa área. O reconhecimento e as tentativas de proteção dos direitos humanos no plano do direito internacional, bem como o impacto desse acontecimento na noção previamente estudada de soberania estatal, são o objeto deste capítulo.

A propósito, o termo “direitos humanos” é, provavelmente, um dos institutos jurídicos mais mencionados e lembrados pelas áreas que escapam à seara exclusiva do Direito. Eles são, atualmente, tema recorrente nos jornais, nos debates políticos, nas mesas de jantar. Seu uso deveras banalizado causa certa imprecisão teórica, de forma que é válido deter-se na conceituação do termo por algumas páginas.

O site das Nações Unidas no Brasil⁵³ esclarece que

[o]s direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza.

Ainda, estabelece que os referidos direitos

[e]stão expressos em tratados, no direito internacional consuetudinário, conjuntos de princípios e outras modalidades do Direito. A legislação de direitos humanos obriga os Estados a agir de uma determinada maneira e proíbe os Estados de se envolverem em atividades específicas. *No entanto, a legislação não estabelece os direitos humanos. Os direitos humanos são direitos inerentes a cada pessoa simplesmente por ela ser um humano.*

Destaca, ainda, algumas características importantes de tais direitos, a saber: o fato de que são universais; inalienáveis; indivisíveis; inter-relacionados; interdependentes; de igual importância e fundados sobre o respeito pela dignidade e valor de cada pessoa. FERREIRA FILHO⁵⁴ indica que são também imprescritíveis e, além de universais, individuais (como decorrência da ideia de que cada ser humano é, em si mesmo, perfeito, e não depende da sociedade para ser completo – em divergência àquilo que pensavam os antigos, conforme será visto adiante).

Tais adjetivações sinalizam já um caráter especialíssimo dos direitos humanos: em princípio, eles dependem somente de uma condição para serem exigíveis – que o sujeito desses direitos seja um *ser humano* (e não um animal ou uma coisa, por exemplo). Preenchido este

⁵³ ONU BRASIL. *O que são os direitos humanos?* Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 20 jun. 2018. Grifo nosso (em itálico).

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

abrangente requisito, os direitos humanos podem ser alegados para proteger o indivíduo em quaisquer circunstâncias.⁵⁵ É o caso, ao menos, dos ditos direitos humanos de *primeira geração*.

2.1 TRÊS GERAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

É recorrente o uso das “três gerações” para distinguir certas espécies de direitos humanos, ou, ainda, “grandes momentos de conscientização em que se reconhecem ‘famílias’ de direitos”.⁵⁶ A primeira geração corresponde às liberdades públicas, ou liberdades em sentido tradicional (negativo). A segunda geração diz respeito aos direitos sociais, ou liberdades enquanto poder (sentido positivo). A terceira geração equivale aos direitos de solidariedade e é a menos consolidada.

A primeira geração buscou proteger o indivíduo (titular do direito) do arbítrio governamental. A figura passiva, nesta relação jurídica, é, em geral, o Estado. Consoante FERREIRA FILHO,

[e]m termos técnico-jurídicos essas liberdades são *direitos subjetivos*. São *poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos*. [...] Porém, são direitos subjetivos oponíveis ao Estado. Isto, antes de 1789, era desconhecido no direito positivo.⁵⁷

A contraprestação é, majoritariamente, uma simples obrigação de não-fazer. A noção aqui subjacente é a do não-impedimento, pelo Estado (ou por normas vinculantes), da faculdade do indivíduo em fazer (ou não fazer) certas coisas.⁵⁸ Por este motivo se fala em liberdade *negativa*. BOBBIO entende que junto às liberdades negativas está a *liberdade como autonomia*, isto é, “não mais apenas como o não ser impedidos por normas externas, mas como o dar leis a si próprios”⁵⁹, em alusão, assim, aos direitos políticos dos indivíduos (em uma *teoria da liberdade política como desenvolvimento das liberdades civis*). Alguns direitos humanos de primeira geração, a título exemplificativo, são o direito à liberdade de crença, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, à liberdade de manifestação e de opinião, à não-discriminação, à liberdade de reunião e de associação, etc. A noção de direitos humanos apresentada no início

⁵⁵ Embora possam também sofrer certas restrições, conforme entende a doutrina majoritária. Vide, por exemplo, o artigo 10º, (2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que limita o direito à liberdade de expressão definido no artigo 10º, (1).

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

⁵⁷ Ibid, p. 46-47. Grifos do autor.

⁵⁸ Este não fazer também pode, naturalmente, ser exigido em face de todos os demais indivíduos, e não somente em face do Estado.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 489.

deste capítulo, extraída do site da ONU, parece dar ênfase aos direitos humanos de primeira geração.

Os direitos humanos de segunda geração são, assim como na primeira, direitos subjetivos. “Entretanto, não são meros poderes de agir [...] – mas sim poderes de *exigir*.”⁶⁰ Não são, portanto, a simples faculdade dos indivíduos de não serem “incomodados” pelo Estado em relação a liberdades que desejam exercer, mas a possibilidade de exigirem deste Estado uma prestação concreta referente a algum direito (social ou econômico). O direito à saúde, à educação, à cultura, ao lazer e ao trabalho podem ser elencados como exemplos desta geração de direitos.⁶¹

Os direitos humanos de segunda geração podem ser equiparados, na visão de BOBBIO, à transição da visão meramente negativa para a visão positiva de liberdade:

[...] [I]sto é, quando se entendeu a liberdade autêntica e digna de ser garantida não mais apenas em termos de faculdade negativa, mas também em termos de poder positivo, isto é, de capacidade jurídica e material de tornar concretas as abstratas possibilidades garantidas pelas constituições liberais.⁶²

Ainda, destaca o autor,

ao momento da liberdade positiva, ou liberdade como poder, corresponde o momento de igualdade social, dita de outra forma, a igualdade de ocasiões ou de oportunidades: exigir a igualdade de oportunidades significa exatamente exigir que a todos os cidadãos seja atribuída não apenas a liberdade negativa ou política, mas também a liberdade positiva, que se concretiza com o reconhecimento dos direitos sociais.⁶³

Neste aspecto, os direitos sociais não deixam de ser uma garantia de que o Estado instituirá os serviços públicos correspondentes a esses direitos.⁶⁴ Ao passo que os direitos de primeira geração são auto-aplicáveis, subsiste certa natureza programática em relação aos de segunda geração. “[A] realização dos direitos econômicos, sociais e culturais exige um suporte financeiro, justificando a progressividade de sua realização.”⁶⁵

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 489.

⁶³ *Ibid.*, p. 492.

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

⁶⁵ GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 19. A autora adverte, entretanto, que tal afirmação não é absoluta. Ela menciona o direito da proteção devida à família como um possível exemplo de direito de segunda geração com exigibilidade imediata. A determinação da intensidade e forma com a qual o Estado deve buscar a garantia destes direitos é, como se pode imaginar, uma discussão praticamente infundável, que engaja tanto acadêmicos como políticos e cidadãos em geral.

Em relação aos direitos humanos de terceira geração, a respeito dos quais ainda não existe doutrina uníssona, basta dizer que são ainda bastante recentes e que se originam na área do direito internacional. Segundo FERREIRA FILHO, os quatro principais direitos humanos da terceira geração – ou seja, direitos de solidariedade⁶⁶ – são o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade.⁶⁷ Podem ainda ser adicionados à lista o direito à autodeterminação dos povos e o direito à comunicação. Essa geração de direitos também depende de avanços progressivos e programas de execução, conforme a segunda.

Embora devam ser entendidos como complementares, e não antagônicas, às diferentes gerações de direitos podem ser associados diferentes instrumentos normativos de proteção dos mesmos.

2.2 DIÁLOGO DE FONTES NO DIREITO INTERNACIONAL: OS DIREITOS HUMANOS NA ÓTICA DE TRATADOS E CONVENÇÕES

A Declaração Universal dos Direitos Humanos possui direitos de primeira e segunda geração. A liberdade negativa garante-se nos direitos elencados do artigo 7º ao artigo 20º da Declaração (a liberdade política é garantida pelo artigo 21). Os artigos 22º a 27º, por sua vez, ocupam-se dos direitos sociais.⁶⁸

Por outro lado, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos protege, essencialmente, liberdades fundamentais (correspondendo, assim, à primeira geração de direitos), enquanto o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais delineia mecanismos de proteção aos direitos de segunda geração. Sobre isso, esclarece GODINHO que

[d]e fato, se o primeiro possui uma natureza negativa, impondo aos Estados uma obrigação de não fazer e preservando um espaço de liberdades contra a arbitrariedade estatal e sua intervenção no domínio individual, o segundo atribui uma autoridade positiva ao conjunto normativo, pois cria, para os Estados-partes, obrigações de fazer, executar, implementar e assegurar o pleno exercício e o gozo de uma vida digna.⁶⁹

⁶⁶ Ou, ainda, direitos de *fraternidade*. Com o uso da expressão fraternidade, as três gerações passam a corresponder, respectivamente, ao lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade).

⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 490.

⁶⁹ GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 18.

Outros diplomas importantes na formação da rede normativa internacional de proteção aos direitos humanos tratam de temáticas específicas, como é o caso dos seguintes documentos: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção contra a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Convenção sobre os Direitos da Criança, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares, entre outros. Aqui, os direitos de terceira geração eventualmente são também assegurados.

Este panorama amplo, relativamente sistematizado e bem delineado, entretanto, nem sempre correspondeu à realidade. Ainda que a alta difusão do termo na contemporaneidade possa sugerir o contrário, os direitos humanos são um triunfo recente na história da humanidade. Considerando a proposta deste trabalho por realizar um estudo de teor preponderantemente filosófico, é pertinente verificar como o desenrolar das ideias do Homem levou à compreensão atual dos direitos humanos e à consequente preocupação em garanti-los e protegê-los no cenário internacional.

2.3 BREVE ANÁLISE DA HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

Pode-se dizer que os direitos humanos, assim como a soberania, são uma categoria histórica – ou, ao menos, comportam uma relevante narrativa histórica. A posição de “privilegio” ocupada pelos direitos humanos em um ordenamento jurídico é produto de uma inversão de pensamento que teve início nos séculos XVII e XVIII e alterou a percepção ocidental sobre direitos e deveres.⁷⁰

O direito, conforme se sabe, possui um caráter sinalagmático. Em geral, a uma prestação corresponde uma contraprestação e, assim, constituem-se relações jurídicas com pólos correspondentes ao binômio dever-direito.⁷¹ A questão é que, sob uma perspectiva histórica, este binômio sofreu uma mudança de tônica.

⁷⁰ Como correntes que contribuíram para esta mudança de pensamento, pode-se citar a escola de direito natural racionalista, a escola espanhola de direito natural e as escolas que nasceram na Prússia e na França à época referida.

⁷¹ Hohfeld é um dos críticos da redução de todas as relações jurídicas a direitos e deveres. Segundo o autor, é fundamental distinguir outros tipos de relações jurídicas, como direito-pretensão em oposição à ausência de direito-pretensão; ou liberdade em oposição a dever. Distinções tão sofisticadas dos dois pólos de uma relação jurídica não são objeto deste trabalho, já que o que se pretende demonstrar é simplesmente uma *mudança de ênfase* ocorrida historicamente entre estes pólos formadores do binômio. Sobre o tema, vide: HOHFELD,

Antigamente, deveres eram mais importantes que direitos. Hoje, ganham enfoque os direitos. Essa dicotomia está estreitamente vinculada à tensão intrínseca entre o indivíduo e a sociedade, e encontra nela uma explicação: segundo BOBBIO⁷², o estabelecimento de códigos morais e jurídicos na antiguidade tinha por objetivo *salvaguardar o grupo social em seu conjunto*, e não cada membro individualmente. Assim,

[p]ara que pudesse acontecer a passagem do código dos deveres para o código dos direitos, foi preciso que a moeda se invertesse: que o problema começasse a ser observado não mais apenas do ponto de vista da sociedade, mas também do ponto de vista do indivíduo.

O ponto de vista da sociedade foi priorizado durante muitos séculos porque o objeto de interesse não eram os indivíduos, e sim o Estado e suas infinitas expressões. Prestigiados e cruciais, por muito tempo, foram os estudos sobre o governo e suas formas, qualidades e natureza; sobre a maneira adequada (boa ou má) de se governar, sobre as técnicas para tomadas de decisão, sobre as configurações de poder e como perpetuar-se em sua posse. Nessa senda, BOBBIO afirma que

[d]urante longa e ininterrupta tradição, os tratados de política, tanto no pensamento clássico quando no pensamento medieval e moderno, consideraram a relação política, a relação entre governantes e governados, bem mais *ex parte principis* (da parte do príncipe) do que *ex parte civium* (da parte dos cidadãos).⁷³

De acordo com o pensamento dos antigos, a comunidade se sobrepunha ao indivíduo. O indivíduo deve à comunidade a sua própria identidade, seu *existir* se justifica no conjunto de relações pelas quais é cercado, pelas quais está envolto. O ilustre episódio da morte do filósofo Sócrates, que bebeu fatal e serenamente o cálice de cicuta, pode ser interpretado a partir desta perspectiva: Sócrates não via sentido em escapar da cidade e de sua sentença porque entendia que somente através da comunidade o indivíduo encontraria justificação – de certa maneira, o indivíduo Sócrates “devia” à cidade de Atenas tudo o que era, pois seu *eu* perfazia-se somente dentro da comunidade. Sua morte, assim, simboliza “tanto um ato de obediência às leis de Atenas como um compromisso de fidelidade à sua missão”.⁷⁴ No mesmo condão é que se pode dizer que quaisquer argumentos que levassem em conta a ideia de direito subjetivo de Sócrates à vida, por exemplo, não o teriam demovido de beber o cálice. A noção de direito subjetivo não existia à época, e tampouco a noção de um indivíduo isolado como sujeito de direitos. Destarte,

Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *The Yale Law Journal*, v. 23, n. 1, p. 16-59, nov. 1913.

⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 477.

⁷³ Ibid, p. 478.

⁷⁴ DE BOTTON, Alain. *As Consolações da Filosofia*. Tradução de Eneida Santos. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 13.

“[o]s direitos humanos na Antiguidade não eram tutelados, pois inexistia a ideia de tais direitos”.⁷⁵

Essa concepção coletivista do mundo, conforme explicitado, perdurou por longo tempo. Ela é um dos alicerces das teorias jusnaturalistas clássicas, que atualmente representam uma minoria doutrinária. Não obstante, é verdade que grande parte das discussões contemporâneas – especialmente no âmbito político – ainda são fruto desta dicotomia entre percepções coletivistas *versus* individualistas do mundo.

A grande virada de pensamento⁷⁶ consolidou o que se convencionou chamar, em termos extremamente gerais, de jusnaturalismo moderno⁷⁷, cujos precursores e maiores representantes são os teóricos contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau:

A doutrina dos direitos naturais [...] pressupõe uma *concepção individualista* da sociedade e portanto do Estado, continuamente em conflito com a bem mais sólida e antiga concepção orgânica, segundo a qual a sociedade é um todo, e o todo está acima das partes [vide capítulo 1 deste trabalho, p. 15]. A concepção individualista custou a avançar porque foi geralmente considerada fomentadora de desuniões, de discórdias, de ruptura da ordem constituída. Em Hobbes atinge o conflito entre o ponto de partida individualista (no estado de natureza só há indivíduos sem ligações entre si, cada qual fechado na sua própria esfera de interesses em oposição aos interesses de todos os outros) e a persistente representação do Estado como um corpo em grande escala, um “homem artificial”, do qual o soberano é a alma [...].⁷⁸

Ora, se o indivíduo adquire importância, a comunidade, em certa medida, a perde. Esta inversão é fundamental não somente para jogar luz e sentido ao surgimento de direitos humanos, mas evidencia também a racionalidade por trás da configuração mental dos indivíduos ocidentais na contemporaneidade. A literatura é uma das áreas que mais claramente transmite o alvorecer do individualismo, com incontáveis autores a título de exemplificação.⁷⁹

⁷⁵ ARAÚJO DE HOLANDA, Ana Paula, et al. *Direitos Humanos: histórico e contemporaneidade*. v. 2. Edição especial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 301.

⁷⁶ Bobbio refere-se à (moderna) “doutrina dos direitos naturais” em contraposição à (antiga) “doutrina do direito natural”. Para ele, trata-se de “verdadeira revolução” ou “inversão radical”. O autor emprega inclusive o termo kantiano que aponta para uma *inversão do ponto de observação* – isto é, uma revolução copernicana.

⁷⁷ Alerta-nos Ferreira Filho, entretanto, que “deste jusnaturalismo racionalista a doutrina dos direitos do Homem é um aspecto. Mas é o que o pensamento político iluminista imortalizou”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29. Grifo nosso.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 479.

⁷⁹ Para citar somente dois escritores norte-americanos, destacam-se no século XIX Walt Whitman e Henry Thoreau. Whitman, em sua ode ao ser humano, preocupa-se: “O que é um homem, de qualquer forma? O que sou eu? O que é você? [...] Meu chapéu, eu uso como quero dentro e fora de casa. Porque deveria rezar? Porque deveria venerar e ser cerimonioso? Tenho analisado todos os estratos, investigado o mínimo fio de cabelo, [...] Não sei de gordura mais doce do que a que se prende aos meus ossos. Em todas as pessoas vejo a mim mesmo, nenhuma maior e nenhuma menor, [...] Em mim convergem os objetos de um universo que flui perpétuo, Todo ele está escrito para mim, e preciso entender o que essa escrita significa.” Da mesma forma, Thoreau, ao isolar-se da sociedade e habitar espaço “tão remoto como as regiões que os astrônomos investigavam noite adentro”, proclama seu individualismo e despede-se da nação, que “com todas as chamadas melhorias internas, aliás externas e superficiais, é apenas uma instituição desajeitada e sufocante, imprensada de móveis e obstruída pelas próprias armadilhas, arruinada pelo luxo e pelos gastos imprudentes [...]” Evidencia-se, pelo texto dos dois

Ademais, se o indivíduo ganha espaço frente à figura do Estado, configura-se a já mencionada mudança de equilíbrio das partes no binômio direitos-deveres. O indivíduo adquire lentamente a consciência de que há um feixe de direitos, dos quais ele é o sujeito, para contrapor frente ao poder do Estado. Vê-se, aí, a gênese da noção atual de direitos humanos, objeto de proteção a nível nacional e internacional. Diversos autores advertem-nos quanto a esse fenômeno. Para GODINHO, por exemplo,

[f]az-se indispensável destacar, nesse contexto, a posição central retomada pelos indivíduos ao final do século XX. A concretização e a multiplicação de normas internacionais sobre os direitos e as liberdades fundamentais impulsionaram o retorno àqueles que são a célula primária de toda a sociedade cultural: os seres humanos.⁸⁰

PUREZA, por sua vez, aduz que

[e]ssa comunidade que o Direito Internacional contemporâneo é chamado a antecipar na sociedade internacional descentralizada e estatocêntrica é simultaneamente uma comunidade de Estados e uma comunidade de pessoas. A proteção internacional dos direitos humanos é, por isso, um momento de ruptura com o paradigma tradicional do Direito Internacional Público, nascido e desenvolvido como código regulador das relações entre os Estados nacionais.⁸¹

Esta mudança de paradigma teve várias consequências para a história do mundo e das sociedades. A mais importante delas, no âmbito deste trabalho, é a mudança da natureza da soberania estatal. Por muito tempo, conforme demonstrado no capítulo 1, a soberania foi concebida como instrumento absoluto, oponível pelo Estado em quaisquer circunstâncias, contra outros Estados ou quaisquer indivíduos. É neste sentido que se manifesta SANDS:

[...] no etéreo e conservador universo do direito internacional – dominado pela ideia de que o direito serve ao soberano – a noção de que um indivíduo teria direitos oponíveis ao Estado era inconcebível. O Estado deveria ser livre para agir como desejasse, a menos que voluntariamente aceitasse regras restritivas [...]. Em suma, o Estado poderia fazer tudo o que quisesse com seus cidadãos. Poderia discriminar, torturar ou matar.⁸²

autores, ainda que de maneiras diferentes, a ideia de um valor intrínseco em cada ser humano, a extrapolar os limites da comunidade e do coletivo. WHITMAN, Walt. *Folhas de relva*. Organização e tradução de Bruno Gambarotto. Ed. do leito de morte. São Paulo: Hedra, 2011. p. 59. THOREAU, Henry David. *Walden ou a vida nos bosques*. Tradução de Astrid Cabral. 4. ed. São Paulo: Global, 1984. p. 90, 93.

⁸⁰ GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

⁸¹ PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 75. Cap. I.2.

⁸² Tradução nossa: “[...] in the rarefied, conservative world of international law – dominated by the idea that the law served the sovereign – the notion that an individual had rights enforceable against the state was inconceivable. The state must be free to act as it wished, unless it voluntarily accepted rules of constraint [...]. In short, the state could do whatever it wanted to its nationals. It could discriminate, torture, or kill.” SANDS, Philippe. *East West Street: on the origins of genocide and crimes against humanity*. Paperback ed. London: Weidenfeld & Nicolson, 2017. p. 76.

O despontar dos direitos humanos (especialmente aqueles de primeira geração) e a sua consolidação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, possibilitados (i) quando o enfoque do binômio direito-dever passa a ser o direito, (ii) quando se adota uma perspectiva *individualista* (impulsionada pelas teorias contratualistas) em oposição à *coletivista* e (iii) quando o indivíduo vê a possibilidade de se opor, de resistir ao Estado, representam o momento em que este mesmo Estado começa a perder seu poder como algo absoluto:

[i]sto não significa necessariamente que toda violação desses direitos por um Estado-membro das Nações Unidas venha a se tornar automaticamente um problema internacional, mas, sim, que os Estados-membros deverão afastar definitivamente o argumento de que a solução ao tratamento desumano infligido a seus nacionais reside unicamente em sua competência exclusiva.⁸³

Esta permeabilização que se cola ao Estado e à sua soberania é fruto de um processo extremamente complexo que se desenrolou paulatinamente no curso do tempo, e em relação ao qual se tentou, aqui, fornecer um retrato mais ou menos claro e simples. As revoluções liberais e, especificamente, a Revolução Francesa é um marco histórico fundamental para a compreensão do início do supramencionado processo⁸⁴:

A Revolução Francesa derruba o Estado Absoluto e instaura o Estado de Direito ou Constitucional; para efetivar essa passagem, muda o significado de uma palavra: *soberania*. “O Estado Absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior.”⁸⁵

Daí decorre o entendimento da soberania como voz popular, e começa aqui o estímulo à já mencionada inversão do binômio direitos-deveres, uma vez que “desaparece a figura do súdito (aquele que só tem deveres) e surge a figura do cidadão (aquele que tem o direito a ter direitos)”.⁸⁶ A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é, neste sentido, o primeiro golpe à soberania absoluta, configurado a nível nacional (isto é, o cidadão – indivíduo que pertence ao corpo estatal – passa a *existir* frente ao “seu” Estado e pode reivindicar coisas em face dele).

⁸³ GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10.

⁸⁴ É importante destacar, entretanto, que “[q]uase um século antes de Hobbes, e dois antes das revoluções americana e francesa, o grande teórico da soberania no período da formação dos Estados nacionais e europeus, Jean Bodin, já assinalava, em 1576, que o poder do soberano tinha limitações [...]. A adoção das declarações de direitos em nível nacional, iniciada na América do Norte e na França, veio confirmar a supremacia da visão bodiniana sobre a concepção absolutista hobbesiana.” ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Perspectiva, 2003. (Estudos, 144).

⁸⁵ ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coords.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 15. A citação é de: BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant*. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 11.

⁸⁶ *Ibid*, p. 16.

O outro marco histórico que precisa ser mencionado (isto é, o segundo golpe à noção de soberania) é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que vem, desta vez, em auxílio da fragilizada e abatida comunidade *internacional* do pós-guerra; que começava a se dar conta do que o aparato estatal havia se transformado nas mãos de Hitler, durante a Segunda Guerra Mundial:

A apuração deste aparato levou a uma mudança de mentalidade por parte da sociedade internacional, na qual não mais se pode afirmar e admitir que o Estado possa agir como bem entender em relação aos seus cidadãos, não sendo alcançado no âmbito internacional por qualquer responsabilização. O instituto da responsabilidade internacional do Estado foi ampliado para receber a hipótese de cometimento de ato ilícito perante o direito internacional dos direitos humanos, tendo por sujeito ativo na ação o indivíduo.⁸⁷

Para operacionalizar esta responsabilidade internacional do Estado frente à violação de direitos humanos dos indivíduos é que surge a Declaração de 1948:

Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia Geral da ONU, em 1948 e, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional.⁸⁸

Em razão de todo o exposto até o presente momento, pode-se dizer que houve uma primeira mudança estrutural da ideia geral de Estado e, particularmente, de soberania estatal com a Revolução Francesa (inspirada também pela Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776), quando o Estado passou a ser sujeito de deveres frente aos seus cidadãos. A segunda mudança estrutural, ocorrida no pós-guerra e do qual a Declaração Universal de Direitos Humanos é símbolo, tornou o conceito de soberania ainda mais poroso, ao acolher certos direitos humanos (universais, individuais, inalienáveis, etc.) num contexto que extrapola o âmbito nacional dos Estados e é passível de responsabilização internacional.

Após estas mudanças estruturais, configurou-se um cenário atual em que

[a] lógica dos instrumentos internacionais de protecção dos direitos humanos assenta no reconhecimento planetário da dignidade humana, de onde brota uma fragilização do escudo da soberania, que doravante não mais se percebe a si mesma no conforto indiscutido da *summa potestas* mas que passa a envolver o cumprimento de um conjunto de obrigações objectivamente impostas pela comunidade internacional em seu todo.⁸⁹

⁸⁷ NOURA TEIXEIRA, Carla. *Direito internacional para o século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 133.

⁸⁹ PUREZA, José Manuel. Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 79. Cap. I.2.

NOURA TEIXEIRA lança nova luz a toda esta exposição, resumindo que

[E]m pleno século XXI, não se pode olvidar as inúmeras transformações que a noção de soberania atravessou [...]. Para encontrar na segunda metade do século XX nova vestimenta, a noção de soberania passou a ser repensada sob vários prismas: da soberania do Estado ao vértice da soberania do indivíduo; da soberania nacional para a soberania internacional; ou, ainda, foram cunhadas novas expressões, soberania flexibilizada ou compartilhada para descrever o compartilhamento de competências entre Estados imbuídos de intento integracionista.⁹⁰

Hoje, portanto, parece que estamos em posição favorável em relação a ontem. Os direitos humanos flexibilizaram a soberania, tornando-a porosa; em um processo que teve início ainda no século XVIII e culmina com a internacionalização destes direitos no século XX. O indivíduo adquiriu proteções oponíveis até contra o Estado – essa enorme figura que nos cerca –, em relação à sua liberdade de expressão, de culto, em atenção à sua privacidade e às discriminações de gênero e de raça, contra o fanatismo político e a opressão nacional e colonial, entre outros.

Entretanto, conforme nos alerta BOBBIO, esses aspectos protetivos dizem respeito a “discriminações *historicamente relevantes* que a consciência moral da humanidade julga hoje irrelevantes para o fim de atribuir a este ou aquele indivíduo alguns direitos fundamentais”.⁹¹ Entretanto, as discriminações que ocorrem no âmbito da possibilidade de ir e vir das pessoas, particularmente a nível internacional, ainda parecem relevantes a ponto de justificar o cerceamento dessa liberdade. Por qual razão essa soberania remodelada, hoje *porosa*, não se flexibiliza para admitir a possibilidade de um direito à imigração?

⁹⁰ NOURA TEIXEIRA, Carla. *Direito internacional para o século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 495. Grifo do autor.

3 LIBERDADE E ABSTENÇÃO: O IMPASSE REFERENTE À LIBERDADE DE MOVIMENTO E ÀS RELAÇÕES DE SOBERANIA

Até o momento, o presente trabalho buscou: (i) fornecer uma noção de Estado baseada na tríade território-comunidade-poder; (ii) caracterizar a soberania estatal nesse contexto tríade; (iii) fornecer um panorama geral dos direitos humanos; e (iv) demonstrar como a evolução dos direitos humanos resultou numa reconstituição da ideia de soberania, que se torna, então, porosa.

Os objetivos deste capítulo são: inserir a temática migratória nesse cenário já construído, para (i) aperfeiçoar a ideia, apresentada ao fim do capítulo 1, de que esse conceito tríade não recepciona bem a ideia de um direito à migração e (ii) demonstrar como a soberania autoriza, a partir desta constatação, uma limitação à liberdade de movimento dos indivíduos e (iii) problematizar o fato de que a porosidade da soberania parece insuficiente para resolver a questão migratória hoje, em razão da alta vulnerabilidade à qual se sujeita esta população, constituindo assim um impasse.

3.1 AS DIFICULDADES DO CONCEITO TRÍADE DO ESTADO FRENTE À MIGRAÇÃO

Hoje, grande parte da doutrina aceita a definição do Estado através de três elementos básicos. Esta visão tríade, conforme demonstrado no capítulo 1, é uma das possíveis narrativas sobre o Estado. Nosso ponto é que esta narrativa específica guarda certa incompatibilidade com a migração. MOULIN delinea o problema com clareza:

Centrada na tríade Estado-território-cidadão, e protegida pelo véu da soberania, a análise da política internacional centrava-se nos elementos de fixidez das dinâmicas políticas e percebia o *movimento como ruptura problemática* e como ocorrência *patológica*.⁹²

O que há de incompatibilidade, exatamente, entre o Estado (conceituado nesta tríade) e a migração? Segundo o *Glossary on Migration*, migração internacional é o

movimento de pessoas que deixam seu país de origem, ou seu país de residência habitual, para se estabelecerem permanente ou temporariamente em outro país. Uma fronteira internacional é, portanto, atravessada.⁹³

⁹² MOULIN, Carolina. Eppur si Muove: mobilidade humana, cidadania e globalização. *Contexto Internacional*, v. 33, n. 1, p. 9-17, jan./jun. 2011. p. 9. Grifos nossos.

⁹³ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). *Glossary on Migration*. 2004. Disponível em: <http://www.iomvienna.at/sites/default/files/IML_1_EN.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 33. Grifo nosso.

A quantidade de recortes possíveis em um estudo sobre migração internacional é gigantesca. Segundo PATARRA,

[o] entendimento dos processos sociais envolvidos nos fluxos de pessoas entre países, regiões e continentes passa pelo reconhecimento de que sob a rubrica *migração internacional* estão envolvidos fenômenos distintos, com grupos sociais e implicações diversas.⁹⁴

É natural que não sejam abordadas todas essas facetas no âmbito deste trabalho. A proposta, aqui, é tecer algumas considerações elementares sobre *movimento*, para contrapô-las em relação ao Estado.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que, muito antes da formação de quaisquer sociedades politicamente organizadas, os seres humanos já se movimentavam. “A história humana é a história do movimento.”⁹⁵ Movimento é ação que se concretiza no tempo e no espaço, mas não é somente isso: nossa ideia a respeito de movimento é vinculada, em diversos graus, a diferentes entendimentos e narrativas sobre o *significado* dos movimentos. Esses significados são cambiáveis e transformam-se com a mesma intensidade e velocidade das comunidades que os regem e regulam. Quando o movimento é entendido sob essa perspectiva, mesmo a associação aparentemente natural entre movimento e liberdade pode ser posta à prova. De fato, muitos teóricos sentiram-se atraídos pela questão. KOTEF, ao analisar a defesa hobbesiana do absolutismo sob o prisma do movimento, destaca que

a liberdade do sujeito é também decorrente de sua vontade de controlar e confinar seus movimentos: uma vez que ele concorda em ‘não fugir’ e submete sua ação à vontade do soberano, os grilhões que o aprisionam podem ser removidos, e este é precisamente o *significado de sua liberdade*.⁹⁶

Assim, desde já, evidencia-se certa tensão entre liberdade – como movimento – e sua possibilidade somente *dentro de um sistema de confinamentos*. Se um sujeito se move demais, ou se se move inadequadamente, torna-se um problema a ser gerenciado: é a *patologia* mencionada por MOULIN. Tal patologia (ou inadequação) só existe em oposição ao movimento saudável, adequado. A liberdade de movimento, dessa maneira, só pode ser

⁹⁴ PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 20, n. 57, p.7-24, ago. 2006. p. 9. Grifo do autor.

⁹⁵ DOWTY, Alan. *Closed Borders: the contemporary assault on freedom of movement*. New Haven and London: Yale University Press, 1987. p. 20.

⁹⁶ Tradução nossa: “[t]he subject's freedom is also a function of his willingness to control and confine his movements: once he agrees 'not to run away' and submits his action to the will of the sovereign, the shackles imprisoning him can be removed, and this is precisely the meaning of his freedom.” KOTEF, Hagar. *Movement and the ordering of freedom on liberal governances of mobility*. Durham, London: Duke University Press, 2015. p. 9. Grifo nosso.

compreendida em oposição aos movimentos não-livres ou inadequados⁹⁷, justificando, assim, uma lógica de “mobilidade domesticada”. Os movimentos adequados devem ser maximizados e encorajados, enquanto os movimentos inadequados devem ser suprimidos, reduzidos a um mínimo.⁹⁸

É sob esta dicotomia que também reside o problema do “nós” *versus* “outros”, que se baseia na racionalidade da diferença (e do *medo* da diferença) para conferir legitimidade às restrições de movimento. Segundo DEMBOUR,

como Cole explica, o liberalismo compromete-se com a igualdade moral de todos os seres humanos; ao mesmo tempo, insiste que as riquezas das comunidades liberais podem ser negadas àqueles classificados como forasteiros (‘outsiders’) pela aplicação de um critério, a nacionalidade, que é, de uma perspectiva liberal, completamente arbitrário, já que decorre por acaso da natureza.⁹⁹

A definição do outro (forasteiro) já é quase que automaticamente acompanhada pela sensação de medo: não é à toa que “todas as novas correntes imigratórias enfrentaram temores e hostilidades, especialmente durante tempos de dificuldades econômicas, convulsão política ou guerra”.¹⁰⁰

O **território estatal**, neste contexto, presta-se à função de espaço físico adequado para o movimento permitido. O artigo 13º, (1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos chancela este entendimento quando estabelece que “[t]oda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado”. O artigo 1º, (2) do Protocolo nº 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem tem caráter muito semelhante, determinando que “[q]ualquer pessoa que se encontra em situação regular em território de um Estado tem direito a nele circular livremente e a escolher livremente a sua residência”. Assim, desde que

⁹⁷ Kotef descreve esta categoria de movimentos como subversivos (ibid, p. 11) ou até como *erupting savagery* (ibid, p. 88).

⁹⁸ O conceito de movimento adequado (ou desejável) depende da sociedade e da época abordada. A propósito, “...a distinção entre cidadãos e não cidadãos não é nítida, tampouco um binário fixo. É confusa, complexa e sujeita à mudança. Em parte, porque intersecta-se com outras distinções contestadas nas linhas de gênero, etnia, raça, credo e classe. [...] Implicitamente, tais distinções continuam a influenciar interações diárias e, assim, também a legislação, interpretação e implementação do direito migratório.” (Tradução nossa. Grifos nossos). BATTJES, Hemme, et al. The European Court of Human Rights and Immigration: limits and possibilities. *European Journal of Migration and Law*, Leiden, v. 11, p. 199-204, 2009. p. 201.

⁹⁹ Tradução nossa: “As Cole explains, liberalism is committed to the moral equality of all human beings; at the same time, it insists that the riches of the liberal community can be denied to those who are classified as ‘outsiders’ through the application of a criterion, nationality status, which is, from a liberal perspective, entirely arbitrary, arising as it does from accident of birth.” COLE, Phillip. *Philosophies of Exclusion: liberal political theory and immigration*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2000. p. 2 apud DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Gaygusuz Revisited: the limits of the European Court of Human Rights' equality agenda*. *Human Rights Law Review*, v. 12, n. 4, p. 689-721, 2012. p. 698.

¹⁰⁰ DAKWAR, Jamil. Não tão são e salvos. *SUR 23 - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 13, n. 23, p. 49-60, 2016. p. 50.

não exceda as fronteiras do Estado, o indivíduo detém certa liberdade de movimento. Esta racionalidade assume contorno com a formação do Estado territorial moderno¹⁰¹.

ROCHA REIS, ao discutir o papel do Estado no contexto migratório, levanta três questionamentos fundamentais. O primeiro deles pode ser associado justamente ao território, a saber: “Na definição de suas fronteiras externas e internas, os Estados têm de lidar com questões como: Que tipo de indivíduo pode entrar ou não em seu território, e por quê?”¹⁰² O território, quando concebido como um dos aspectos elementares da composição do Estado, é meramente uma barreira geográfica para separar Estados. Entretanto, se concebido sob a ótica da migração, torna-se o limite entre o movimento adequado e o movimento inadequado (ou movimento que merece um mínimo de escrutínio¹⁰³). Cruzá-lo não é somente deslocar o próprio corpo algumas coordenadas em direção ao norte ou ao oeste, mas desafiar o poder de uma linha imaginária e, assim, ameaçar esta *homogeneidade* que produz estabilidade e ordem.

A segunda questão colocada por ROCHA REIS, por sua vez, guarda grande relação com o segundo elemento constitutivo do Estado – a **comunidade**: para a autora, é relevante definir “[e]ntre os que entram, quais podem se tornar permanentes e quais não podem”.¹⁰⁴

De maneira ainda mais contundente do que em relação ao território, a ideia de migração é vista como patológica para a *comunidade*. Conforme vimos no capítulo 1, uma comunidade pode ser definida enquanto “conjunto de condutas mais ou menos padronizadas decorrentes da atribuição e compartilhamento de certos sentidos a determinados fatos e ideias (do *ser* e também do *dever ser*)”. Se a unidade da comunidade depende do compartilhamento de sentidos, é evidente que estranhos/outros que se aproximem da comunidade ameacem a sua estabilidade, homogeneidade, coesão.

¹⁰¹ Vide p. 13 e seguintes do presente trabalho, sobre a formação do Estado territorial moderno. Sob o mesmo viés, Torpey defende que “[t]he successful monopolization of the legitimate means of movement by states and the state system required the creation of elaborate bureaucracies and technologies that only gradually came into existence, a trend that intensified dramatically toward the end of the nineteenth century”. TORPEY, John C. *The invention of the passport: surveillance, citizenship and the state*. Cambridge [Inglaterra], Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000. p. 7.

¹⁰² ROCHA REIS, Rossana. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-163, jun. 2004. p. 157.

¹⁰³ Aqui, mais uma vez, a interpretação sobre a adequabilidade do movimento depende do sujeito que quer exercê-lo. Neste sentido, “[m]uros, barreiras, exigências crescentes de vistos e documentação, centros de detenção, militarização dos aeroportos e pontos de fronteira e um aparato de vigilância e controle do movimento humano são apenas a face mais visível de uma política securitizada para as migrações que parece ter se tornado, de um lado, cada vez mais global em extensão e, de outro, cada vez mais focada em certos grupos alvo (BIGO, 2002)”. BIGO, Didier. Security and immigration: toward a critique of the *governmentality* of unease. *Alternatives: Global, Local, Political*, v. 27, n. suplementar, p. 63-92, 2002 apud MOULIN, Carolina. Eppur si Muove: mobilidade humana, cidadania e globalização. *Contexto Internacional*, v. 33, n. 1, p. 9-17, jan./jun. 2011. p. 11.

¹⁰⁴ ROCHA REIS, op. cit., loc. cit.

A seletividade da lógica migratória atinge, aqui, seu pico, evidenciando-nos quicá a mais cruel faceta destes processos: nem todo o imigrante é “estranho”, nem todo o imigrante recebe a etiqueta de “outro”:

[...] [S]empre há ‘Outros silenciados [que] são diferentemente móveis’; outros cuja mobilidade é ‘constantemente prejudicada’: árabe-americanos parados na imigração aeroportuária, hispano-americanos nos campos do agronegócio americano [...]. Assim, ainda hoje, como regra geral, o sujeito mais móvel é o ‘cidadão’ (ocidental).¹⁰⁵

Desta maneira, percebe-se que, para a comunidade receptora, adequado ou inadequado não é *precisamente* o movimento, mas o *sujeito* que o realiza:

Para alguns, a circulação é acelerada e facilitada; o movimento é quase instantâneo, com vistos eletrônicos, *fast passes*, passaportes biométricos e modalidades de transporte eficientes em custo e tempo. Para outros, migrar é, se não impossível, extremamente arriscado: rotas subterrâneas, vidas e trajetórias invisíveis, recursos escassos e, quando acaso se chegue ao destino, uma miríade de incertezas e privações.¹⁰⁶

Assim, quando um Estado define suas políticas migratórias, está demonstrando quais tipos de indivíduos seriam (mais) apreciados para se juntarem ao tecido social daquela comunidade. Não deixa de ser, portanto, uma mensagem a respeito de qual espécie de comunidade se deseja criar (note-se que a possibilidade aqui verificada de se *criar* conscientemente uma comunidade é mais um argumento que comprova que as comunidades são *ideias imaginadas* para corresponderem a uma unidade, muito antes de serem propriamente uma unidade no mundo dos fatos). Neste sentido, KOTEF brilhantemente aponta que “[r]egimes de movimento, portanto, nunca são somente uma forma de controlar, regular ou incitar movimento. Regimes de movimento são cruciais à *formação de diferentes formas de ser/existir*.”¹⁰⁷

Em relação ao terceiro elemento constitutivo da ideia de Estado, o problema se define quando o indivíduo já realizou o processo migratório e encontra-se sob o **poder/governo/autoridade** de um Estado do qual não é nacional. Aqui, trata-se especificamente do problema da cidadania. Mais um questionamento colocado por ROCHA

¹⁰⁵ Tradução nossa: “there are always ‘unspoken Others [who] are differently mobile’; other whose mobility is ‘constantly hindered’: Arab Americans stopped at airport immigration, Hispanic Americans in the fields of American agri-business [...]. Accordingly, even today, as a matter of general rule, the subject who is most mobile is the (Western) ‘citizen’.” KOTEF, Hagar. *Movement and the ordering of freedom on liberal governances of mobility*. Durham, London: Duke University Press, 2015. p. 10.

¹⁰⁶ MOULIN, Carolina. Eppur si Muove: mobilidade humana, cidadania e globalização. *Contexto Internacional*, v. 33, n. 1, p. 9-17, jan./jun. 2011. p. 11.

¹⁰⁷ Tradução nossa: “Regimes of movement are thus never simply a way to control, to regulate, or to incite movement. Regimes of movement are integral to the formation of different modes of being.” KOTEF, Hagar. *Movement and the ordering of freedom on liberal governances of mobility*. Durham, London: Duke University Press, 2015. p. 15. Grifos dos autor.

REIS ilustra a situação: “Dos que se tornam permanentes, quais podem se tornar cidadãos, e quais não podem?”¹⁰⁸

A questão da cidadania está relacionada intrinsecamente ao problema da migração e da nacionalidade. De que adiantaria, por exemplo, exterminar todas as fronteiras territoriais e não conceder aos imigrantes (não-nacionais) direitos de cidadania?¹⁰⁹ A seriedade deste problema não deve ser ignorada: no Brasil e em boa parte dos países do mundo, por exemplo, falta aos imigrantes o acesso a possibilidades básicas de exercício de cidadania – o direito ao voto, por exemplo.¹¹⁰ ROCHA REIS deixa claro que “o acesso aos direitos de cidadania está condicionado à posse de nacionalidade”.¹¹¹ Está temática será revisitada no próximo capítulo. Entretanto, atacar esta questão implica no desenvolvimento de toda uma nova gama de pressupostos, inviáveis no âmbito do presente trabalho.

3.2 O PAPEL DESEMPENHADO PELA SOBERANIA NA TEMÁTICA MIGRATÓRIA

A partir do exposto, resta demonstrada a incompatibilidade de uma política migratória aberta/livre e a manutenção da estabilidade e homogeneidade estatal. Neste sentido, a “regulação de movimento contribui para constituir a própria ‘estatalidade’ dos Estados”.¹¹²

Por outro lado, a soberania, conforme o capítulo 1, é a característica de um poder **supremo** (em relação aos demais poderes dentro do Estado), **independente** (em relação a outros poderes fora deste Estado) e **autônomo** (no sentido que pode se vincular a suas próprias leis e atuar conforme desejar, dentro dos limites jurídicos que se auto-impõe).

¹⁰⁸ ROCHA REIS, Rossana. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-163, jun. 2004. p. 157. Como explica Benhabib, “[...] even in the face of the collapse of traditional concepts of sovereignty, monopoly over territory is exercised through immigration and citizenship policies.” BENHABIB, Seyla. *The rights of others: aliens, residents and citizens*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004. p. 5. Grifo nosso.

¹⁰⁹ Como Benhabib o chama, este é o problema do *citizenship gap*. Para a autora, “[d]efining the identity of the democratic people is an ongoing process of constitutional self-creation.” BENHABIB, Seyla. *The rights of others: aliens, residents and citizens*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004. p. 21.

¹¹⁰ Está em trâmite no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição nº 25, para conferir aos estrangeiros com residência permanente no país capacidade eleitoral ativa e passiva – mas somente no âmbito de eleições municipais. BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 2012*. Altera os arts. 5º, 12 e 14 da Constituição Federal para estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Gabinete do Senador Aloysio Nunes Ferreira. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3042128&disposition=inline>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹¹¹ ROCHA REIS, Rossana. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-163, jun. 2004. p. 155.

¹¹² Tradução nossa: “regulation of movement contributes to constituting the very ‘state-ness’ of states.” TORPEY, John C. *The invention of the passport: surveillance, citizenship and the state*. Cambridge [Inglaterra], Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000. p. 6.

Ora, ao combinarmos estas duas informações, parece claro o resultado: pelo exercício legítimo de sua soberania, o Estado, para preservar-se, restringe a liberdade de movimento dos sujeitos. A severidade de tais restrições permanece em aberto:

Esse problema acaba por ser resolvido caso a caso, ou seja, cada entidade política que visa a se auto-organizar como Estado buscará afirmar sua singularidade, sua própria versão do que seja uma nação, de modo a justificar sua existência como uma entidade política independente (Hobsbawn e Ranger, 1984; Hobsbawn, 1990).¹¹³

A limitação do movimento pelo Estado não deixa de ser, portanto, uma autoafirmação de sua própria soberania. É através desta lógica que o Estado passa a ser aceito como uma entidade reguladora do movimento. A contínua afirmação e reafirmação desta soberania é um elemento fundamental para a manutenção do convencimento e crença das pessoas na ideia do Estado (e, quando acreditam numa mesma coisa, o senso de comunidade de um Estado se revigora, configurando um sistema que se retroalimenta). BEAULAC é um dos autores que destaca a importância do “papel desempenhado por palavras poderosas como ‘soberania’ no contínuo e continuado processo de criação de realidade”.¹¹⁴

O exercício de poderes exercidos por um Estado sob a égide da soberania – como, por exemplo, impedir a entrada ou permanência de um estrangeiro no seu território – se presta, desta maneira, para reforçar o imaginário coletivo acerca da existência e também competência do Estado sob cujo domínio vivem. O controle do movimento pelo Estado passa a não somente ser legitimado pela soberania, mas também a ser fomentado por ela (já que justifica e fortalece sua existência).

O controle da migração, assim, desvela-se ao mundo como uma pedra fundamental na manutenção da própria ideia de Estado. A afirmação de DOWTY, aqui, não poderia ser melhor recepcionada: “Controle de entrada é essencial à ideia de soberania, pois, sem ele, uma sociedade não tem controle sobre suas características básicas.”¹¹⁵ O paralelo traçado por TORPEY para explicar esta sistemática é bastante interessante:

Em seus escritos, Karl Marx buscou evidenciar que o processo de desenvolvimento capitalista envolveu a expropriação dos *meios de produção* dos trabalhadores pelos capitalistas. O resultado deste processo era a privação dos trabalhadores de sua

¹¹³ HOBBSAWN, Eric; RANGER, Terrence. *A invenção das tradições*. Tradução de Celina Cardim Cavalcanti. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984; HOBBSAWN, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Tradução de Maria Célia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990 apud ROCHA REIS, Rossana. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-163, jun. 2004. p. 155.

¹¹⁴ BEAULAC, Stéphane. The social power of Bodin’s ‘sovereignty’ and international law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1-28, 2003. p. 4.

¹¹⁵ Tradução nossa: “Control of entry is essential to the idea of sovereignty, for without a society has no control over its basic character.” DOWTY, Alan. *Closed Borders: the contemporary assault on freedom of movement*. New Haven, London: Yale University Press, 1987. p. 14.

capacidade de produzirem por si próprios [...]. Tomando emprestada esta retórica, o maior herdeiro e crítico de Marx, Max Weber, argumentou que uma característica central da experiência moderna era a expropriação bem sucedida dos *meios de violência* dos indivíduos pelo Estado. [...]. Aqueles não desta forma licenciados foram, assim, privados da liberdade de empregar a violência contra os demais. Seguindo a retórica usada por Marx e Weber, este livro procura demonstrar que os Estados modernos e o sistema internacional estatal do qual eles são parte expropriou indivíduos e entidades privadas dos *meios legítimos de movimentos*, particularmente – mas não exclusivamente – através das fronteiras internacionais.¹¹⁶

Deste raciocínio, decorre que hoje não existe um direito à imigração. Parece que, por enquanto, a soberania vence a disputa em face de quaisquer aspirações pela liberdade de movimento internacional não-controlada.

Esta realidade se reflete com clareza nos instrumentos legais internacionais contemporâneos, que são bastante limitados no que tange à migração (e, particularmente, no que tange à imigração). Como explica PLENDER,

com exceção dos casos em que uma obrigação de aceitar estrangeiros surge em decorrência de um tratado, *existem poucas instâncias em que o direito internacional geral impõe aos Estados obrigações especiais referentes à admissão de certas categorias de estrangeiros*.¹¹⁷

BENHABIB, por sua vez, aduz que “a Declaração Universal [de Direitos Humanos] é silente sobre a obrigação dos Estados de assegurar a entrada a imigrantes, manter o direito ao refúgio e permitir a cidadania aos residentes estrangeiros e cidadãos naturalizados”.¹¹⁸ OBERMAN é mais enfático, ao declarar que “nenhum documento legal atual de direito humanos inclui um direito à imigração”.¹¹⁹ Pode-se afirmar com segurança, pois, que não existe um direito

¹¹⁶ Tradução nossa: “*In his writings, Karl Marx sought to show that the process of capitalist development involved the expropriation of the ‘means of production’ from workers by capitalists. The result of this process was that workers were deprived of the capacity to produce on their own [...]. Borrowing this rhetoric, Marx’s greatest heir and critic, Max Weber, argued that a central feature of the modern experience was the successful expropriation by the state of the ‘means of violence’ from individuals. [...] Those not so licensed were thus deprived of the freedom to employ violence against others. Following the rhetoric used by Marx and Weber, this book seeks to demonstrate the proposition that modern states, and the international state system of which they are a part, have expropriated from individuals and private entities the legitimate ‘means of movement’, particularly though by no means exclusively across international boundaries.*” TORPEY, John C. *The invention of the passport: surveillance, citizenship and the state*. Cambridge [England], Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000. p. 4.

¹¹⁷ Tradução nossa: “*Apart from those cases in which an obligation to admit aliens arises by reason of a treaty, there are a few instances in which general international law imposes on States special obligations in respect of the admission of defined categories of foreigners.*” PLENDER, Richard. *International Migration Law*. 2. ed. rev. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988. p. 159. Grifo nosso.

¹¹⁸ Tradução nossa: “*The Universal Declaration is silent on states’ obligation to grant entry to immigrants, to uphold the right of asylum, and to permit citizenship to alien residents and denizens.*” BENHABIB, Seyla. *The rights of others: aliens, residents and citizens*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004. p. 11.

¹¹⁹ Tradução nossa: “*No current legal human rights documents includes a human right to immigrate.*” OBERMAN, Kieran. *Immigration as a Human Right*. In: FINE, Sarah; YPI, Lea (Eds.). *Migration in Political Theory: the ethics of movement and membership*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 34.

fundamental voltado especificamente à proteção da população migrante hoje (em suma, não se reconhece um direito humano à migração¹²⁰).

3.3 A VULNERABILIDADE DA POPULAÇÃO MIGRANTE E A FORMAÇÃO DE UM IMPASSE

Diante do exposto, verifica-se que o conceito triade de Estado, ao fixar território-comunidade-poder como alicerces do Estado, pressupõe que estes três elementos, já que constitutivos, permaneçam fixos como concreto. De uma maneira óbvia e simples, os fluxos migratórios desestabilizam a rigidez destes alicerces.

Se, por um lado, “reconhecer a importância do Estado nas migrações internacionais não significa afirmar que ele é necessariamente o fator mais relevante na formação e na manutenção dos fluxos”¹²¹, por outro lado, “essa trajetória produziu uma cegueira relativa da área [da política internacional] a um dos fenômenos mais resilientes, abrangentes e significativos da experiência humana: as migrações”.¹²²

A evidência da vulnerabilidade da população migrante, atualmente, praticamente dispensa a necessidade de argumentação. De qualquer maneira, alguns apontamentos neste sentido são válidos.

Em primeiro lugar, é interessante destacar a discrepância entre migração e aquilo que se pensa que migração é (comumente chamado de *perception gap*). Em uma palestra sobre “*Brexit e migração*” na London School of Economics, LEGRAIN¹²³ expõe esta falha perceptiva no contexto do Reino Unido, ao informar que os indivíduos que votaram a favor da permanência na União Europeia acreditavam que cerca de 10% da população britânica era composta por imigrantes da União Europeia. O número chegou a 20% entre aqueles que votaram pelo *Brexit*.

¹²⁰ Não obstante, alguns estudiosos defendem esta posição teórica com afinco. Oberman é um excelente exemplo. Um dos seus mais lúcidos pontos é de que a justificação deste controle de movimento pelos Estados se baseia na suposição de que a imigração se choca com outros valores importantes. Segundo o autor, esta cadeia argumentativa baseia-se “em premissas empíricas que estão abertas à contestação empírica. Está longe de ser claro, por exemplo, que a imigração de fato diminui a remuneração dos cidadãos mais pobres”. OBERMAN, Kieran. Immigration as a Human Right. In: FINE, Sarah; YPI, Lea (Eds.). *Migration in Political Theory: the ethics of movement and membership*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016. p. 45. Tradução nossa.

¹²¹ ROCHA REIS, Rossana. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-163, jun. 2004. p. 150.

¹²² MOULIN, Carolina. Eppure si Muove: mobilidade humana, cidadania e globalização. *Contexto Internacional*, v. 33, n. 1, p. 9-17, jan./jun. 2011. p. 10.

¹²³ THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (LSE). Vídeo: *Brexit and Migration*. LEGRAIN, Phillippe. Duração total 01h 22min 42s. Disponível em: <<http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2017/04/19/video-brexit-and-migration/>>. Acesso em: 21 jun. 2018. Ver minuto 28 e seguintes.

A realidade corresponde a 5%. Segundo LEGRAIN, ignorância e preconceito, bem como percepções e informações equivocadas, contribuem para alargar este abismo perceptivo.

Para a população migrante, cujo isolamento geográfico, linguístico e social, assim como a precariedade das condições habitacionais e laborais já é tendência, a estigmatização que decorre dessas falhas perceptivas pode ser extremamente prejudicial. Além disso, sério agravante é o fato de que muitos migrantes se encontram em situações de sobreposição de vulnerabilidade (é o caso de migrantes negros, mulheres, crianças, idosos, migrantes a trabalho, migrantes de baixa escolaridade, etc.).

A vulnerabilidade exacerbada desta população, aliada às abordagens de securitização e criminalização adotadas pelos Estados e pela comunidade internacional em geral são os elementos que perfectibilizam a exclusão e marginalização social, econômica, cultural, etc. dos migrantes. O poder corrosivo deste etiquetamento é, via de regra, subestimado pelos frios instrumentos do direito.

O resultado evidencia-se, em parte, por manchetes jornalísticas como as seguintes, que despontam diariamente na mídia: “Com medo demais para denunciar abuso sexual. O medo: deportação”; “Mais trabalho necessário para reduzir a vulnerabilidade de migrantes durante emergências”; “OIM entristecida pelo afogamento de 46 migrantes na costa do Iêmen, 16 ainda desaparecidos”; “OIM muito preocupada após trágico naufrágio de barco com migrantes na costa tunisiana”; “Intimidação, racismo e violência contra imigrantes e refugiados no Brasil”, “Como são as ‘jaulas’ em que os EUA estão detendo filhos de imigrantes sem documentos”¹²⁴, entre milhares mais.

¹²⁴ Respectivamente: MEDINA, Jennifer. Too Scared to Report Sexual Abuse. The Fear: Deportation. *The New York Times*, Los Angeles, 30 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/04/30/us/immigrants-deportation-sexual-abuse.html>>. Acesso em: 21 jun. 2018. GUADAGNO, Lorenzo; MILANO, Chiara; SCHMITZ, Alexandra. More Work Needed to Reduce the Vulnerability of Migrants During Emergencies. *IOM: the UN migration agency*, 07 jun. 2018. Disponível em: <<https://weblog.iom.int/more-work-needed-reduce-vulnerability-migrants-during-emergencies>>. Acesso em: 21 jun. 2018. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *IOM Saddened as nearly 50 Migrants Drown on Yemen's Shores, Others Still Missing*. 06 jun. 2018. Comunicados de imprensa. Disponível em: <<https://www.iom.int/news/iom-saddened-46-migrants-drown-yemens-shores-16-still-missing>>. Acesso em: 21 jun. 2018. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *IOM Very Concerned After Tragic Sinking of Migrant Boat Off Tunisian Coast*. 05 jun. 2018. Comunicados de imprensa. Disponível em: <<https://www.iom.int/news/iom-very-concerned-after-tragic-sinking-migrant-boat-tunisian-coast>>. Acesso em: 21 jun. 2018. SANTOS, Willians de Jesus. Intimidação, racismo e violência contra imigrantes e refugiados no Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 16 mai. 2016. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/intimidacao-racismo-e-violencia-contr-imigrantes-e-refugiados-no-brasil/>>. Acesso em: 21 jun. 2018. COMO SÃO as ‘jaulas’ em que os EUA estão detendo filhos de imigrantes sem documentos. *BBC Brasil*, 19 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44526519>>. Acesso em: 21 jun. 2018. Tradução nossa dos títulos, com exceção dos dois últimos títulos, já em português.

Em face de todo o exposto, chega-se a um impasse: de um lado, o mundo está atualmente configurado num sistema de Estados que detém o controle sobre a liberdade de movimento internacional dos indivíduos (legitimado e fomentado pelas suas respectivas soberanias) e, de outro lado, a vulnerabilidade da população migrante, que não se vê amparada por nenhum direito humano de conteúdo específico, apresenta-se como um problema que demanda urgentemente a alteração deste paradigma predominantemente estatal.

O próximo capítulo, a partir da análise de um caso concreto, verificará como o direito internacional proferido na Corte Europeia de Direitos Humanos tem resolvido este impasse atualmente; averiguando perfunctoriamente se há espaço para outras abordagens.

4 O (NÃO) TRATAMENTO DO IMPASSE PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

4.1 A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Antes do ingresso específico na problemática do caso, é pertinente uma breve caracterização geral da Corte. Não obstante a pretensão universalizadora da ONU e da Declaração Universal de Direitos Humanos, existem mecanismos regionais relevantes na proteção dos direitos humanos. Aqui se tratará, especificamente, da Corte Europeia de Direitos Humanos, embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos também sejam expressivos em seus respectivos âmbitos regionais de proteção aos direitos humanos. Sobre as duas mais conhecidas, esclarece REZEK que, no contexto europeu ocidental e no contexto pan-americano “montaram-se sistemas de garantia da eficácia das normas substantivas adotadas, no próprio plano regional, sobre os direitos da pessoa humana”.¹²⁵

A Corte Europeia de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo (França), é uma corte internacional fundada em 1959. Seu objetivo é julgar casos relativos a violações dos direitos civis e políticos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), documento adotado em 1950 e que entrou em vigor em 1953. Composta por 47 juízes (o número de juízes corresponde ao número de Estados-membros da Convenção), a Corte aceita casos interpostos por Estados contra outros Estados e, também, casos interpostos por indivíduos, grupos de indivíduos, companhias ou organizações não-governamentais que aleguem a violação de um direito elencado na Convenção. O sujeito passivo da relação deve sempre ser um Estado-membro ou um grupo de Estados-membros supostamente violador(es) de direitos – casos trazidos contra indivíduos ou Estados que não ratificaram a Convenção são declarados inadmissíveis.¹²⁶

Quando uma queixa é trazida à Corte Europeia, ela pode ser declarada inadmissível por um juiz singular ao não cumprir os requisitos de admissibilidade¹²⁷ ou ser julgada em face de

¹²⁵ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 257.

¹²⁶ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *European Court of Human Rights: the ECHR in 50 questions*. Fev. 2014. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_ENG.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *The Court in brief*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

¹²⁷ A maioria das queixas interpostas junto à Corte Europeia de Direitos Humanos são rejeitadas com base neste argumento. Tais decisões são irrecorríveis e definitivas.

um Comitê (composto por três juízes) ou uma Câmara (composta por sete juízes). Das decisões proferidas por Comitês há um prazo de 3 meses para interposição de recurso, que é o pedido de reenvio da queixa ao Tribunal Pleno (composto por 17 juízes). As decisões proferidas pelo Tribunal Pleno ou por Câmaras são definitivas e irrecorríveis. As decisões observam sempre se houve, ou não, violação da Convenção. Em caso positivo, pode haver o estabelecimento de uma compensação (pecuniária). A anulação de decisões proferidas por Tribunais nacionais é impossível.¹²⁸

4.2 ANÁLISE DO CASO: DHAHBI VS. ITÁLIA

O caso em tela foi julgado em 08 de abril de 2014 pela Corte Europeia de Direitos Humanos em uma Câmara de 7 juízes, presidida por Işıl Karakaş. O indivíduo Bouraoui Dhahbi (requerente) alegou, frente ao Estado italiano (requerido), que teria sofrido *discriminação em razão de sua nacionalidade* à época dos acontecimentos, postulando sua demanda junto à Corte Europeia em 28 de março de 2009.¹²⁹

Em relação às circunstâncias do caso, cumpre esclarecer os seguintes fatos: o requerente nasceu em 1960 e possuía nacionalidade tunisiana à época dos fatos discutidos.¹³⁰ À época do julgamento, residia em Marsala (Sicília, Itália), tendo ingressado na Itália de maneira legal, fundamentada em uma permissão de trabalho. Sua esposa e quatro filhos menores de idade compunham, consigo, a família. Sua renda no ano de 1999 foi de 30.655.000,00 liras italianas (equivalentes a aproximadamente 15.832,00 euros), em razão de trabalho prestado para uma companhia assegurada pelo *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*.¹³¹

Em 24 de maio de 2001, o requerente solicitou, junto à Corte Distrital de Marsala, um *assegno per nucleo familiare* (pensão familiar), fornecido pelo Instituto Nacional da Previdência Social, previsto na legislação italiana (seção 65 da Lei n. 448/1998¹³²) para famílias

¹²⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *A sua queixa ao TEDH*: como introduzir uma queixa e como a mesma é processada. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Your_Application_POR.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

¹²⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). Second Section. *Dhahbi v. Italy*. Application no. 17120/09. Estrasburgo, 8 de abril de 2014. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142504>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

¹³⁰ À época do julgamento pela Corte Europeia, o requerente já havia adquirido nacionalidade italiana.

¹³¹ A Corte já havia analisado, à época, casos semelhantes. Entre aqueles em que se discutia a respeito de benefícios para famílias grandes e em que se entendeu pela existência de violação do art. 14º em combinação com o art. 8º, pode-se citar Saidoun vs. Grécia e Fawsie vs. Grécia. Um caso bastante paradigmático, que emprega diversos dos argumentos que serão analisados no presente capítulo, embora não trate especificamente de pensão familiar, é Gaygusuz vs. Áustria.

¹³² “Artigo 65, (1). Com efeitos a partir de 1 de janeiro de 1999, a favor de núcleos familiares compostos por cidadãos italianos residentes, com três ou mais filhos, todos com idade igual ou inferior a 18 anos, que possuam

com, no mínimo, três crianças menores cuja renda anual fosse inferior a 36 milhões de liras italianas (aproximadamente 18.592,00 euros). A lei, entretanto, adicionava o requisito de que as famílias fossem compostas por *nazionali italiani* vivendo na Itália. O requerente, à época, não preenchia tal requisito, mas argumentou que teria direito ao benefício de qualquer maneira, em face do Acordo euro-mediterrânico¹³³, que estabelecia o direito à não discriminação de trabalhadores tunisianos e membros de suas famílias, em razão de sua nacionalidade, no campo da seguridade social, no Estado-membro da União Europeia em que trabalhassem.

Em 10 de abril de 2002, o pedido do requerente foi rejeitado pela Corte Distrital de Marsala. O requerente apelou, solicitando, entre outros pedidos, que fosse levada ao Tribunal de Justiça da União Europeia a seguinte questão preliminar: se, em face do artigo 65 do Acordo euro-mediterrânico, um trabalhador tunisiano poderia ter a pensão familiar, prevista na seção 65 da Lei 448/1998, negada. A Corte de Apelação de Palermo negou o pedido em outubro de 2004, sob o fundamento de que o Acordo euro-mediterrânico se aplicava exclusivamente a questões de benefícios de seguridade social (*prestazioni previdenziali*), e não à previdência social (*previdenza sociale*). Em nova apelação, sucumbiu novamente o requerente. Em 2 de outubro de 2008, a Corte de Cassação italiana reiterou o entendimento da Corte de Apelação de Palermo, argumentando que o artigo 65, (1) e (2) do Acordo euro-mediterrânico, em uma interpretação correta, deveria aplicar-se somente aos benefícios de seguridade social (e não previdência social), aos quais os cidadãos tunisianos residentes na Itália não teriam direito.

Diante deste cenário, ingressou o requerente com ação junto à Corte Europeia de Direitos Humanos, na data já referida. Após discussões de cunho processual sobre admissibilidade e tempestividade, o caso foi admitido. O requerente arguiu (i) a violação do artigo 6º, (1), da

recursos econômicos que não excedam [...] equivalente a 36 milhões de liras por ano [...] é concedida uma subvenção [...].” ITÁLIA. Legge 23 dicembre 1998, n. 448. Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29 dicembre 1998 – Supplemento Ordinario n. 210. *Parlamento Italiano*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/98448103.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2018. Tradução nossa.

¹³³ O Acordo euro-mediterrânico entre a Tunísia e a União Europeia, que foi ratificado pela legislação italiana em 3 de fevereiro de 1997 (Lei n. 35), é um acordo de associação. Seu artigo 65 estabelece que: “[...] os trabalhadores de nacionalidade tunisina, e os membros das suas famílias que com eles residam, beneficiam, no domínio da segurança social, de um regime caracterizado pela ausência de qualquer forma de discriminação baseada na nacionalidade em relação aos nacionais dos Estados-membros em cujo território trabalham.” Disponível em: ACORDO EURO-MEDITERRÂNICO que estabelece uma associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-membros, por um lado, e a República da Tunísia, por outro. Assinado em 17 jul. 2995. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. 30 mar. 1998. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:21998A0330\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:21998A0330(01))>. Acesso em: 25 jun. 2018. ITÁLIA. Legge 4 marzo 1997, n. 35. Ratifica ed esecuzione dell'Accordo euromediterraneo che istituisce un'Associazione tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina, dall'altra, con cinque protocolli, sette allegati e atto finale, fatto a Bruxelles il 17 luglio 1995. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 52 del 4 marzo 1997 – Supplemento Ordinario n. 46. *Parlamento Italiano*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/970351.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante o direito a um processo equitativo, em razão da negativa da Corte de Cassação em levar a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia; (ii) a violação do artigo 14º¹³⁴ da Convenção Europeia de Direitos Humanos combinado com o artigo 8º¹³⁵ do mesmo documento; requerendo, ao cabo, (iii) a aplicação do artigo 41º da Convenção para fins de reparação do dano.

A Corte concluiu unanimemente (i) pela admissibilidade do pedido, (ii) que houve violação do artigo 6º, (1), da CEDH, (ii) que houve violação do artigo 14º da CEDH combinado com o artigo 8º da mesma; condenando o Estado italiano em (iii) 9.416,05 euros por danos pecuniários e (iv) 10.000,00 euros por danos não pecuniários. Relevante para o presente trabalho é a argumentação empregada pela Corte em relação ao ponto (ii) de sua decisão (i.e., a violação do art. 14º c/c o art. 8º), que passa a ser examinado em seguida.

Naquilo que concerne à violação do art. 14º (proibição de discriminação) c/c o art. 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar), o requerente alegava, entre outros elementos, que o único obstáculo impedindo-o de obter a pensão era sua nacionalidade – segundo ele, tal atitude seria discriminatória, quando vista em comparação a cidadãos italianos em situações financeiras e familiares semelhantes.

A Corte, ao analisar o caso, fez os seguintes apontamentos válidos de nota: primeiramente, esclareceu que o artigo 14º da Convenção não tem aplicabilidade independente, ou seja, deve ser usado em complementação a outras disposições substantivas do texto legal, pois só tem efeito se considerado em observância ao *gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção* (no caso, ao direito à vida familiar elencado no artigo 8º). O emprego desta racionalidade é pacífico no âmbito da Corte, conforme se depreende da análise de outros casos: “A Corte [no caso *Gaygusuz*] assinalou que o artigo 14º oferece proteção contra discriminação que ocorre em relação a direitos e liberdades estabelecidos na Convenção, de forma que não é uma disposição autônoma [*stand-alone provision*]”.¹³⁶

¹³⁴ “Artigo 14º. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Com as modificações introduzidas pelos Protocolos 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos 4, 6, 7, 12 e 13. Roma, 04 nov. 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018. Grifos nossos.

¹³⁵ “Artigo 8º. (1) Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.” Ibid. Grifos nossos.

¹³⁶ Tradução nossa: “The Court noted that Article 14 offers protection against discrimination which occurs in respect to rights and freedoms which are set forth in the Convention so that it is not a stand-alone provision.” DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Gaygusuz* Revisited: the limits of the European Court of Human Rights’ equality agenda. *Human Rights Law Review*, v. 12, n. 4, p. 689-721, 2012. p. 693.

Ademais, a Corte reiterou seu entendimento de que, para que uma questão seja julgada à luz do artigo 14º, é necessário que haja uma diferença no tratamento de pessoas em situações semelhantes (comparáveis). Tal diferença só será discriminatória – e, portanto, incompatível com a Convenção – se (i) não buscar um objetivo legítimo e (ii) não tiver justificação razoável (i.e., uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo a ser realizado).

Ainda, esclareceu que os Estados-membros dispõem de uma margem de apreciação para definir quando e em que extensão as diferenças nas situações semelhantes justificam um tratamento diferenciado. O escopo desta margem de apreciação varia de acordo com certas circunstâncias: em geral, é dada uma larga margem de apreciação ao Estado em assuntos concernentes a medidas gerais de estratégia econômica ou social, mas, conforme o entendimento da Corte, *very weighty reasons* (razões bastante fortes) devem ser apresentadas para que uma diferenciação baseada somente em nacionalidade seja interpretada como compatível à Convenção. Também essa linha argumentativa não é novidade no âmbito da Corte, tendo sido aplicado no caso *Gaygusuz* e em diversos outros: “Pegou-se emprestada esta formulação de jurisprudência anterior, concernente à diferença de tratamento baseada em raça e sexo, e se a transpôs, pela primeira vez aqui [*Gaygusuz*], para discriminação com base em nacionalidade.”¹³⁷

Quando passou a expor as suas *razões para decidir*, a Corte teceu nova série de considerações: determinou que o requerente, por *não ser* um estrangeiro vivendo no país por um curto período de tempo ou em inobservância à legislação migratória, *não* pertencia à categoria de pessoas não-contribuintes ao financiamento de serviços públicos, em relação às quais o Estado *poderia* alegar razões legítimas na restrição de acesso a serviços públicos que enfrentam escassez de recursos (como esquemas de seguridade social, benefícios públicos e cuidados à saúde). Sua condição migratória específica – estrangeiro documentando e residente de longo termo – não constituía, portanto, razões legítimas para a discriminação.

A Corte entendeu, por outro lado, que a proteção ao interesse orçamentário do Estado *constituiria*, sim, um objetivo legítimo para justificar a distinção em tela. Entretanto, faltaria aqui, ainda, o preenchimento do requisito número 2 (ii) para haver compatibilidade com a Convenção, isto é, a *proporcionalidade* do meio empregado para salvaguardar este alegado interesse orçamentário estatal: a Corte entende que realizar uma diferenciação por

¹³⁷ Tradução nossa: “*The formulation was borrowed from previous case law regarding a difference of treatment on the grounds of race and sex and transposed here for the first time to discrimination on ground of nationality.*” Ibid, p. 696.

nacionalidade (e nacionalidade como *único* critério da diferenciação), aqui, não constituiria um meio adequado (proporcional) para atingir o fim desejado (já que, à luz do artigo 8º, o critério da nacionalidade exigiria *razões bastante fortes* para ser empregado sozinho sem violar a Convenção, razões estas que o Estado italiano não foi capaz de demonstrar).

A partir desta argumentação, em não havendo nenhum argumento apresentado pelo Estado italiano que demonstrasse um objetivo legítimo perseguido por meios razoáveis que autorizasse o uso exclusivo do critério da nacionalidade para realizar a diferenciação de tratamento debatida, a Corte justificou seu posicionamento de que, sim, houve discriminação nos termos do artigo 14º combinado com o artigo 8º da Convenção. Isto é: a diferenciação por nacionalidade, que se constituía como o único critério em razão do qual o requerente não fez jus ao benefício da pensão familiar, foi considerada discriminatória pela Corte, pois representava desrespeito ao direito à vida familiar do requerente.

Apresentadas as circunstâncias do caso, resta analisar o seguinte: o que essa decisão representa para a população migrante, especialmente em se considerando o impasse anteriormente identificado (a saber, a existência de um paradigma estatal de controle de liberdade de movimento e a dificuldade de desconstruí-lo, em razão do silêncio dos direitos humanos neste contexto)?

Faz-se necessário explicar por que se escolheu o caso de um migrante já residente em outro país, cuja entrada no território se deu de maneira documentada e em atendimento às exigências legais – isto é, um caso de relativa simplicidade, em que o ato de migrar não envolveu certos paradigmas de criminalização e securitização usuais. Na verdade, acredita-se que este é um dos casos que mais tem a oferecer em relação ao alcance dos direitos humanos para a população migrante, conforme se verificará em breve.

Não obstante, certamente é ilustrativo referir-se aos casos (a) *Abdulaziz, Cabales e Balkandali vs. Reino Unido*; e (b) *East African Asians vs. Reino Unido*, pois estes se relacionam ao caso de *Dhahbi*: no primeiro, a Corte ressaltou que “*o direito de um estrangeiro a entrar ou permanecer em um país não é garantido pela Convenção* [Europeia de Direitos Humanos], mas os controles migratórios devem ser exercidos de maneira consistente às obrigações da Convenção” e, ainda, que “a Corte não pode ignorar o fato de que o caso presente não diz respeito somente à vida familiar, mas também à imigração, e que, como questão de direito internacional bem estabelecida e sujeita a obrigações contratuais, *um Estado tem o direito de*

controlar a entrada de não-nacionais em seu território”.¹³⁸ No segundo caso, a Corte declarou que “*embora nenhum destes direitos [no caso, direito à concessão do status de refugiado e à não expulsão de um estrangeiro] seja garantido pela Convenção*, a Comissão entendeu que os Estados-membros concordaram em restringir o exercício livre de seus poderes sob o direito internacional geral, incluindo o poder de controlar a entrada e saída de estrangeiros, à extensão e nos limites das obrigações que eles assumiram sob este tratado. Em certas circunstâncias excepcionais, deportar uma pessoa pode, portanto, ser contrário à Convenção e, em particular, constituir ‘tratamento desumano’ à luz do artigo 3º.”¹³⁹

Embora tratem de temas ligeiramente distintos (de um lado, o direito de ingresso ou permanência no país – que é o tema mais central do presente trabalho – e, de outro, o direito a benefícios atribuídos somente a nacionais¹⁴⁰), os dois últimos casos mencionados guardam lógica idêntica à do primeiro – isto é, a ideia de que, no contexto migratório, a defesa dos direitos humanos dos migrantes não encontra absolutamente nenhum respaldo ou vantagem no fato de que os indivíduos sejam migrantes. Explico: a condição de migrantes os coloca em situação de altíssima vulnerabilidade¹⁴¹ e, em contraposição, o direito internacional não lhes assegura qualquer garantia protetiva extra. Em razão da inexistência de um direito à imigração, a proteção dos migrantes precisa, sempre, ser provocada pela violação de um direito humano já consolidado. O fato de que estes indivíduos estejam à margem dos sistemas estatais, almejando certa mobilidade *entre* esses sistemas, não lhes significa nada em termos de direito. Eles encontram-se, assim, em uma situação de duplo abandono (por orbitarem à margem dos Estados e, simultaneamente, representarem quase completamente um vazio temático para o direito internacional).

Esse argumento é confirmado pela inaplicabilidade, determinada pela Corte, do artigo 14º “sozinho”: se a discriminação por nacionalidade não constitui impedimento ao gozo de outros direitos e liberdades fundamentais previstos na Convenção, então ele de nada vale, pois não

¹³⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*. Applications no. 9214/80; 9473/81; 9474/81. Estrasburgo, 28 de maio de 1985. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57416>>. Acesso em: 25 jun. 2018. p. 26, 28. Grifo nosso.

¹³⁹ EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *Report: East African Asians v. The United Kingdom*. Applications no. 4403/70-4419/70; 4422/70; 4423/70; 4434/70; 4443/70; 4476/70-4478/70; 4486/70; 4501/70; 4526/70-4530/70. Estrasburgo, 14 de dezembro de 1973. Disponível em: <<https://lovdata.no/static/EMDN/emd-1970-004403.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018. p. 54. Grifo nosso.

¹⁴⁰ Mais uma vez, aqui, a distinção pode ser explicada pelo *citizenship gap* de Benhabib.

¹⁴¹ O que se evidencia, mais uma vez, com o argumento acima descrito, utilizado pela Corte, de que o requerente, ao não se enquadrar na categoria de migrantes indocumentados e de curta permanência no país, “escapava” de configurar um objetivo legítimo para a discriminação em termos de nacionalidade. Em outras palavras, a Corte dá a entender que, em sendo o migrante indocumentado e de curta permanência, isso poderia ensejar uma discriminação pelo Estado, em face exclusiva de sua nacionalidade, para não lhe conceder o benefício pleiteado!

pode ser alegado isoladamente (sem a combinação com outro artigo – aquele que assegura o direito à vida familiar, por exemplo). Verifica-se, portanto, que o tratamento diferenciado em razão da nacionalidade para, por exemplo, autorizar ou não o simples ingresso ou permanência de um não-nacional em um país não é discriminatório. Ele só será discriminatório quando, por exemplo, impedir um estrangeiro de desfrutar da vida familiar. Note-se que o direito protegido aqui é, essencialmente, o direito à vida familiar: não há que se falar em direito específico do *migrante* sendo protegido. Da mesma maneira, os dois últimos casos almejavam a proteção da proibição do tratamento desumano ou de qualquer outra liberdade no âmbito da Convenção – nunca, entretanto, em proteção à livre liberdade de circulação em si mesma.

DEMBOUR descreve essa triste contradição também no caso *Gaygusuz*: em comparação ao caso *ABC* (*Abdulaziz, Cabales e Balkandali vs. Reino Unido*), em que a Corte condenou a diferenciação em razão de sexo como discriminatória e pontuou que o avanço na igualdade de sexos era, à época, uma meta fundamental dos Estados europeus; o autor se pergunta:

[P]or que a Corte não afirmou, similarmente, em *Gaygusuz*: “pode ser dito que o avanço na igualdade entre nacionais e não-nacionais é hoje uma meta fundamental [...]?” Fazer a pergunta já a responde: tal afirmação deveria soar absolutamente verdadeira sob uma perspectiva de direitos humanos, mas é obviamente contrária ao pensamento político contemporâneo em grande parte da Europa. Assim, não poderia ser expresso pela Corte de maneira tão simples.¹⁴²

Outrossim, quando a decisão menciona a existência de uma *larga margem de apreciação do Estado* em assuntos concernentes a medidas gerais de estratégia econômica e social, novamente a narrativa priorizada parece ser a do paradigma predominantemente estatal. Por outro lado, ao estabelecer a necessidade de *razões bastante fortes* para que a nacionalidade dos indivíduos seja utilizada como critério de diferenciação, a Corte relembra seu papel como instituição garantidora dos direitos humanos. Verifica-se, então, a tensão retratada ao longo deste trabalho entre soberania estatal e direitos humanos: a Corte parece realizar um esforço no sentido de equilibrar os interesses contrastantes de Estados-membros (que prezam pela manutenção de sua soberania) e o papel dos direitos humanos no direito internacional, que buscam constantemente infiltrar-se nesta soberania. Mais uma vez, entretanto, fica evidente que, em se tratando de direitos puramente migratórios (direito à livre circulação, por exemplo), a soberania permanece inescrutável.

¹⁴² Tradução nossa: “[...] *why did the Court not similarly affirm in Gaygusuz: ‘it can be said that the advancement of the equality of nationals and non-nationals is today a major goal [...]?’ Asking the question answers it: the statement should ring completely true from a human rights perspective, but it is obviously the opposite of contemporary political thinking in much of Europe.*” DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Gaygusuz Revisited: the limits of the European Court of Human Rights' equality agenda. Human Rights Law Review*, v. 12, n. 4, p. 689-721, 2012. p. 698.

Ainda, é importante criticar o fato de que a própria Corte, ao determinar que haveria, sim, um *objetivo legítimo* na diferenciação por nacionalidade se o caso em tela versasse sobre imigrantes estrangeiros vivendo no país por curto período de tempo ou em inobservância à legislação migratória (indivíduos, portanto, supostamente *parasitários* do sistema), emite mais um sinal de desamparo aos imigrantes, condicionando sua possibilidade de se beneficiarem da pensão familiar somente se estes forem, antes, caracterizados como contribuintes. Nesse sentido, vale mais uma vez mencionar DEMBOUR em sua lucidez, quando afirma que “[d]istantes de uma meta de igualdade em relação à nacionalidade guiando a Europa hoje, o que nós testemunhamos é a tentativa de elaborar regras que implacavelmente excluem certas pessoas da possibilidade de acesso aos Estados europeus liberais”.¹⁴³

Assim, ao decidir o caso a favor de Dhahbi, a Corte, em certa medida, agiu em perfeita concordância com a Convenção pela qual zela, e, neste sentido, sua postura não pode ser entendida como inadequada. Existe a possibilidade, entretanto, de entender a conduta da Corte como *insuficiente*, pois não contribui em nada para a resolução do impasse discutido no presente trabalho. Muito embora a Corte tenha desempenhado um papel relevante no caso concreto (ao condenar o Estado italiano), não parece correto que a discriminação ocorrida só tenha se perfectibilizado no momento em que impediu o exercício, pelo requerente, do direito à vida familiar, porque isto aponta para uma realidade em que, não havendo o desrespeito a direitos humanos consolidados, a discriminação em razão da nacionalidade, por si só, teria sido interpretada como perfeitamente aceitável.

Em face do exposto, pode-se dizer que a população migrante recebe, atualmente, uma proteção da Corte Europeia somente de forma *colateral*: isto é, se algum direito humano (positivado na Convenção) de um imigrante é ameaçado, pode-se contar com a participação da Corte para oferecer-lhe voz e proteção. Entretanto, a proteção encontra já aí o seu limite: a Corte permanece fielmente conferindo absoluta liberdade aos Estados em controlar a circulação das gentes no âmbito de seu domínio, sem jamais questionar o monopólio sobre o controle legítimo da liberdade de movimento das pessoas, por parte dos Estados, em medida alguma.

Este é, portanto, o panorama atual da situação, que perpetua o impasse referido: mesmo sob o olhar atento da Corte Europeia de Direitos Humanos, o Estado prevalece soberano no controle de movimento dos indivíduos, com direitos humanos somente orbitando os fluxos migratórios (como garantias à vida familiar ou à proibição de tratamento desumano, por

¹⁴³ Ibid, p. 698.

exemplo) sem nunca, entretanto, lhes acertar em cheio. Ao cabo, pode-se ainda questionar o seguinte: haveria outra saída?

4.3 OUTRAS PERSPECTIVAS

A Corte, conforme verificou-se, dá uma resposta insuficiente à problemática da migração. De um lado, ela se mantém fiel à letra da Convenção, o que é satisfatório. O problema parece ser a inabilidade da Corte em abraçar sua verdadeira natureza – isto é, enquanto Corte *de proteção aos direitos humanos*. Naquilo que concerne à liberdade de movimento das pessoas, ao invés de adotar esta perspectiva protetiva, a Corte permanece atrelada a um viés particularmente estatal, isto é, ela *silencia*, porque não põe em cheque a soberania dos Estados para controlar a entrada, saída e permanência de pessoas em seu território.¹⁴⁴ A proteção de qualquer direito humano pelo direito internacional, hoje, pressupõe uma postura que *desafie* a soberania do Estado, recaracterizando-a de absoluta para porosa; e, enquanto o monopólio do controle de movimento sobre as pessoas não for disputado neste contexto, a migração permanecerá sendo tratada como assunto de Estado (a ser controlado, administrado, securitizado) e jamais sob o paradigma dos direitos humanos.

A Corte, quando protege os migrantes do desrespeito à vida familiar (ou garante aos migrantes o respeito a outros direitos e liberdades elencados na CEDH), parece atribuir ao contexto migratório alguns direitos humanos *pulverizados*: é como se, em um “jogo da migração”, fossem inseridas algumas peças de caráter protetivo aos direitos humanos (proteção à vida familiar, proibição de tratamento desumano, etc.), mas o tabuleiro permanecesse predominantemente estatal. O jogo da migração ainda segue as regras da soberania, embora existam algumas peças curingas (direitos humanos) ali inseridas. Em um cenário ideal, deveria haver uma inversão: o tabuleiro seria desenhado conforme os direitos humanos, e somente uma ou outra peça representaria os interesses do Estado. Os protagonistas, neste cenário, seriam os indivíduos migrantes, os sujeitos de direito da relação; e não a soberania ou quaisquer interesses estatais.

É difícil imaginar esta inversão ocorrendo na conjuntura contemporânea, ou mesmo em um futuro próximo. O principal obstáculo, aqui, é a própria organização do mundo em Estados.

¹⁴⁴ Esta visão crítica sobre os silêncios da Corte aparece na narrativa de Dembour, através de sua “astuta observação de que deveríamos não somente prestar atenção aos julgamentos da Corte, mas também aos seus silêncios, aos vãos em seu juízo”. BATTJES, Hemme, et al. The European Court of Human Rights and Immigration: limits and possibilities. *European Journal of Migration and Law*, Leiden, v. 11, p. 199-204, 2009. p. 204. Tradução nossa.

A configuração das organizações políticas a nível global hoje se organiza a partir do paradigma estatal. Isto é: o mundo é observado, estudado e compreendido dentro da racionalidade estatal. O direito internacional toma como objeto as relações dos Estados uns com os outros, lançando um olhar macro à rede global de Estados. Os direitos humanos, por outro lado, dão importância e significado aos indivíduos dentro desses Estados a partir de um olhar micro, mais particular. Assim, os Estados, bem como as conexões que eles guardam entre si e entre indivíduos, são elementos que se inter-relacionam para construir uma das narrativas de maior influência e coerência na contemporaneidade – afinal, ninguém hoje contesta o fato de que *o mundo esteja organizado em Estados*.

Acontece que, ao adotar tal racionalidade, os espaços *entre* os Estados continuam invisibilizados. Nem os Estados, nem a vida dos indivíduos em seus interiores, e tampouco a visão geral global das relações institucionais de uns Estados com os outros conseguem atender aos espaços vazios que se formam *entre* estes organismos políticos. Os jogos de influência e poder, assim como as relações sociais, individuais e institucionais da atualidade acontecem dentro do paradigma estatal, em um cenário *preenchido por Estados*. As lacunas entre estes espaços de existência estatal são hoje ignoradas: existe uma infinidade de Teorias do Estado, por exemplo (algumas das quais o primeiro capítulo deste trabalho procurou abordar), mas não há tal coisa como uma *Teoria dos espaços vazios entre essas unidades políticas*. A afirmação de ROSSANA REIS, de que as pessoas não podem simplesmente sair de um lugar e ir para outro porque “o mundo é dividido em Estados, e Estados são associações que, entre outras características, possuem o monopólio de legitimidade da mobilidade”¹⁴⁵, funciona como um convite para repensar esse tão consolidado paradigma estatal.

FRANK, ao falar de temática diferente da migratória (a saber, do uso legítimo da força pelos Estados no âmbito internacional e sua tentativa de controle pelas Nações Unidas), acredita que há um impasse entre a norma jurídica e a prática dos Estados em relação ao assunto, que só se resolveria a partir de uma reconfiguração do sistema, para criar um mundo

em que o interesse nacional redefinido não seja mais calculado a partir de um todo sensível à manipulação militar e no qual, consequentemente, o interesse nacional é percebido como congruente com uma renúncia do uso da força militar em relações interestatais.¹⁴⁶

¹⁴⁵ ROCHA REIS, Rossana. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-163, jun. 2004. p. 150.

¹⁴⁶ Tradução nossa: “[...] *in which the redefined national interest is no longer calculated in integers amenable to military manipulation and in which, consequently, the national interest is perceived to be congruent with a renunciation of the use of military force in inter-state relations.*” FRANK, Thomas M. Who Killed Article 2(4)? or: changing norms governing the use of force by States. *The American Journal of International Law*, v. 64, n. 5, p. 809-837, out. 1970. p. 837.

Essa necessidade de se buscar uma congruência entre o interesse estatal e a possibilidade de certas renúncias por parte do próprio Estado é transponível à realidade migratória: para resolver o impasse, é importante criar uma nova racionalidade (narrativa), em que o interesse estatal não seja calculado com base somente na soberania, e seja do próprio interesse dos Estados abrir mão do controle sobre o movimento. Destarte, pode-se afirmar que a viabilidade da desconstrução do Estado como detentor do monopólio dos meios legítimos de movimento reside, precisamente, em uma reconfiguração global de forma a possibilitar que o interesse nacional passe a ser entendido como manifestamente compatível a uma expansão e reformulação dos direitos humanos como paradigma verdadeiramente central do direito político internacional.

CONCLUSÃO

A partir de uma análise de certos conceitos relevantes à teoria do Estado e ao direito internacional, o presente trabalho investigou em que medida a noção tríade de Estado e a noção de soberania estatal influenciam os processos e políticas migratórias atualmente. O estudo das ideias de território, comunidade e poder demonstrou de que maneira estes três elementos combinam-se harmoniosamente para permitir a criação de uma narrativa coerente de Estado. A soberania, neste contexto, emerge como um corolário de aperfeiçoamento desta coesão, dando firmeza ao tecido do Estado, porquanto o caracteriza como unidade de poder supremo, autônomo e independente.

Observou-se, ademais, como a internacionalização dos direitos humanos afetou este conceito prévio de soberania: o desenvolvimento histórico fornecido possibilitou a compreensão de como esta noção tão forte e absoluta adquiriu novos contornos, passando a admitir certa porosidade.

Esses conceitos (Estado soberano e direitos humanos) foram postos em contraste no plano concreto das migrações, para demonstrar que a porosidade da soberania do Estado em razão da internacionalização dos direitos humanos ainda não é verificada especificamente na temática migratória: ainda que os direitos humanos tenham se prestado ao fim de relativizar os poderes do Estado em diversos contextos, o monopólio sobre a liberdade de movimento internacional dos indivíduos pelos Estados permanece, em grande medida, incontestado.

A análise de um caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, ao cabo, demonstrou a validade desta conclusão na prática – um direito humano à imigração reside, ainda, somente no mundo das ideias. Normativamente, os migrantes não desfrutam de proteção especial em razão de sua condição de mobilidade.

Assim, conclui-se que a noção tríade do Estado e a ideia de soberania ainda guardam gigantesca influência no contexto migratório. Em verdade, pode-se falar aqui em uma influência hegemônica: a migração, na prática, ainda é majoritariamente entendida e abordada pelas lentes de um paradigma estatal.

O presente trabalho procurou demonstrar, ainda, a incompatibilidade que reside entre o Estado e uma pretensão de defesa da liberdade de movimento. Neste sentido, restou evidente que o papel da Corte Europeia de Direitos Humanos, embora apreciável em diversos sentidos, é insuficiente para resolver o impasse acima colocado. Ao atrelar-se somente à proteção dos direitos elencados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte realiza um trabalho

importantíssimo, mas isto não significa que o seu silêncio relativo a outras questões (não elencadas claramente na Convenção) não deva ser alvo de críticas.

A investigação realizada pelo trabalho demonstra, ao fim, que há ainda muito espaço para novos desenvolvimentos na área dos direitos humanos. O contexto migratório poderia beneficiar-se de maneira particularmente significativa com maiores avanços neste campo. Tal avanço, contudo, é extremamente desafiador; pois pressupõe uma reconfiguração profunda do paradigma estatal. A título conclusivo, pode-se dizer que a defesa de um direito humano à migração, ou a simples flexibilização do monopólio estatal sobre o livre movimento de indivíduos, requer um *repensar* tanto das partículas elementares do Estado (território-comunidade-poder e soberania) como da própria ideia de direitos humanos enquanto peças *centrais* a se inserirem no debate político internacional.

REFERÊNCIAS

ACORDO EURO-MEDITERRÂNICO que estabelece uma associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-membros, por um lado, e a República da Tunísia, por outro. Assinado em 17 jul. 2995. *Jornal oficial das Comunidades Europeias*. 30 mar. 1998. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:21998A0330\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:21998A0330(01))>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). *Dados sobre Refúgio*. 19 de junho, 2017. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Perspectiva, 2003. (Estudos, 144).

ARAÚJO DE HOLANDA, Ana Paula, et al. *Direitos Humanos: histórico e contemporaneidade*. v. 2. Edição especial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coords.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Editora Globo S.A., 1962.

BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BATTJES, Hemme et al. The European Court of Human Rights and Immigration: limits and possibilities. *European Journal of Migration and Law*, Leiden, v. 11, p. 199-204, 2009.

BEAULAC, Stéphane. The social power of Bodin's 'sovereignty' and international law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1-24, 2003.

BENHABIB, Seyla. *The rights of others: aliens, residents and citizens*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BÖES DE OLIVEIRA, Cristiane. *O Brasil e os direitos humanos dos imigrantes indocumentados*. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais)– Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 2012*. Altera os arts. 5º, 12 e 14 da Constituição Federal para estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Gabinete do Senador Aloysio Nunes Ferreira. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3042128&disposition=inline>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMO SÃO as 'jaulas' em que os EUA estão detendo filhos de imigrantes sem documentos. *BBC Brasil*, 19 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44526519>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12 e 13. Roma, 04 nov. 1950. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

DAKWAR, Jamil. Não tão são e salvos. *SUR 23 - Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 13, n. 23, p. 49-60, 2016.

DE BOTTON, Alain. *As Consolações da Filosofia*. Tradução de Eneida Santos. Porto Alegre: L&PM, 2012.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *Gaygusuz* Revisited: the limits of the European Court of Human Rights' equality agenda. *Human Rights Law Review*, v. 12, n. 4, p. 689-721, 2012.

DOWTY, Alan. *Closed Borders: the contemporary assault on freedom of movement*. New Haven and London: Yale University Press, 1987.

EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Report: East African Asians v. The United Kingdom*. Applications no. 4403/70-4419/70; 4422/70; 4423/70; 4434/70; 4443/70; 4476/70-4478/70; 4486/70; 4501/70; 4526/70-4530/70. Estrasburgo, 14 de dezembro de 1973. Disponível em: <<https://lovdata.no/static/EMDN/emd-1970-004403.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *A sua queixa ao TEDH: como introduzir uma queixa e como a mesma é processada*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Your_Application_POR.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *European Court of Human Rights: the ECHR in 50 questions*. Fevereiro, 2014. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_ENG.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *The Court in brief*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf>. Acessos em: 21 jun. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). Second Section. *Dhahbi v. Italy*. Application no. 17120/09. Estrasburgo, 8 de abril de 2014. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142504>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*. Applications no. 9214/80; 9473/81; 9474/81. Estrasburgo, 28 de maio de 1985. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57416>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FINE, Sarah; YPI, Lea (editoras). *Migration in Political Theory: the ethics of movement and membership*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016.

FRANK, Thomas M. Who Killed Article 2(4)? or: changing norms governing the use of force by states. *The American Journal of International Law*, v. 64, n. 5, p. 809-837, out. 1970.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Cem anos de solidão*. Tradução de Eric Nepomuceno. 75. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

GUADAGNO, Lorenzo; MILANO, Chiara; SCHMITZ, Alexandra. More Work Needed to Reduce the Vulnerability of Migrants During Emergencies. *IOM: the UN migration agency*, 07 jun. 2018. Disponível em: <<https://weblog.iom.int/more-work-needed-reduce-vulnerability-migrants-during-emergencies>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *The Yale Law Journal*, v. 23, n. 1, p. 16-59, nov. 1913.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). *Glossary on Migration*. 2004. Disponível em: <http://www.iomvienna.at/sites/default/files/IML_1_EN.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). *World Migration Report 2018*. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ITÁLIA. Legge 4 marzo 1997, n. 35. Ratifica ed esecuzione dell'Accordo euromediterraneo che istituisce un'Associazione tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina, dall'altra, con cinque protocolli, sette allegati e atto finale, fatto a Bruxelles il 17 luglio 1995. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 52 del 4 marzo 1997 – Supplemento Ordinario n. 46. *Parlamento Italiano*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/970351.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ITÁLIA. Legge 23 dicembre 1998, n. 448. Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29 dicembre 1998 – Supplemento Ordinario n. 210. *Parlamento Italiano*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/98448103.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943.

KOTEF, Hagar. *Movement and the ordering of freedom on liberal governances of mobility*. Durham and London: Duke University Press, 2015.

MAHLKE, Helisane. *O Estado-Nação e a migração internacional de trabalhadores: uma reflexão sobre a migração argelina na França*. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)– Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Porto Alegre, 2005.

MEDINA, Jennifer. Too Scared to Report Sexual Abuse. The Fear: Deportation. *The New York Times*, Los Angeles, 30 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/04/30/us/immigrants-deportation-sexual-abuse.html>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

MIGRATION OBSERVATORY. University of Oxford. Video: *Explained: EU Migration to the UK (Pre-referendum)*. Duração total 05min 18s. Disponível em: <<http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/videos/explained-eu-migration-uk/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MORAES CORREA, Paloma. *A soberania dos Estados no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)– Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Porto Alegre, 2010.

MOULIN, Carolina. Eppur si Muove: mobilidade humana, cidadania e globalização. *Contexto Internacional*, v. 33, n. 1, p. 9-17, jan./jun. 2011.

NOURA TEIXEIRA, Carla. *Direito internacional para o século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL (ONU BRASIL). *O que são os direitos humanos?* Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *IOM Saddened as nearly 50 Migrants Drown on Yemen's Shores, Others Still Missing*. 06 jun. 2018. Comunicados de imprensa. Disponível em: <<https://www.iom.int/news/iom-saddened-46-migrants-drown-yemens-shores-16-still-missing>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). *IOM Very Concerned After Tragic Sinking of Migrant Boat Off Tunisian Coast*. 05 jun. 2018. Comunicados de imprensa. Disponível em: <<https://www.iom.int/news/iom-very-concerned-after-tragic-sinking-migrant-boat-tunisian-coast>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 20, n. 57, p.7-24, ago. 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev., amp. e at. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PLENDER, Richard. *International Migration Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2. ed. rev., 1988.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA REIS, Rossana. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-163, jun. 2004.

SANDS, Philippe. *East West Street: on the origins of genocide and crimes against humanity*. Paperback ed. London: Weidenfeld & Nicolson, 2017.

SANTOS, Willians de Jesus. Intimidação, racismo e violência contra imigrantes e refugiados no Brasil. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 16 mai. 2016. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/intimidacao-racismo-e-violencia-contra-imigrantes-e-refugiados-no-brasil/>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Tradução parcial do tomo I por Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

THE LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE (LSE). Vídeo: *Brexit and Migration*. LEGRAIN, Phillippe. Duração total 01h 22min 42s. Disponível em: <<http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2017/04/19/video-brexit-and-migration/>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

THOREAU, Henry David. *Walden ou a vida nos bosques*. Tradução de Astrid Cabral. 4. ed. São Paulo: Global, 1984.

TORPEY, John C. *The invention of the passport: surveillance, citizenship and the state*. Cambridge [Inglaterra]; Nova Iorque: Cambridge University Press, 2000.

WHITMAN, Walt. *Folhas de relva*. Organização e tradução de Bruno Gambarotto. Ed. do leito de morte. São Paulo: Hedra, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.